



NAYARA PAIVA DA COSTA

**APLICAÇÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS NO CRIME DE
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS**

BRASÍLIA

2011

NAYARA PAIVA DA COSTA

**APLICAÇÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS NO CRIME DE
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito
pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Vladimir Enrique Silva Vera

BRASÍLIA

2011

NAYARA PAIVA DA COSTA

**APLICAÇÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS NO CRIME DE TRÁFICO
ILÍCITO DE DROGAS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito
pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Vladimir Enrique Silva Vera

Brasília, 28 de novembro de 2011.

Banca Examinadora

Orientador

Examinador

Examinador

Aos meus pais, pela dedicação, incentivo e esforço, sem eles nada disso seria possível. Aos meus irmãos, pelas risadas. Ao meu noivo, pela paciência, tolerância e amor dispensados. Aos amigos que me acompanharam nessa caminhada.

RESUMO

O cerne do presente trabalho gira em torno da possibilidade de aplicação de penas restritivas de direito no tráfico de drogas, tendo em vista as vedações contidas no artigo 44 e § 4º artigo 33 da Lei. Apesar de descriminalizar a conduta do usuário de drogas, a Lei 11.343/06 aumentou o rigor punitivo sobre o traficante, vedando uma série de benefícios penais. O presente trabalho acadêmico analisará, portanto, o tratamento penal severo dispensado ao traficante de drogas pelo ordenamento jurídico, a ausência de diferenciação de tratamentos entre os vários personagens do comércio de drogas e o resultado de tal fato sobre o sistema carcerário brasileiro. E, por fim, analisará a questão da proibição da substituição da pena sob o enfoque dos princípios da individualização da pena, da humanidade, isonomia e proporcionalidade. A questão da substituição da pena foi resolvida pelo STF quando julgou inconstitucionais as partes dos artigos 33 § 4º e 44 da Lei 11.343/06 que proíbem a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas. Porém, a discussão sobre o assunto está longe de ser resolvida, eis que a aplicação das penas alternativas ainda ficará a critério dos juízes de primeiro grau, que poderão sucumbir à visão estereotipada e repressiva existente sobre qualquer tipo de condenado por tráfico de drogas.

Palavras chaves: Traficante. Vedação de penas restritivas de direitos. Princípios penais. Declaração de inconstitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 O TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL	9
1.1 Histórico da Legislação Antidrogas no Brasil	9
1.2 Política Criminal Antidrogas no Brasil	13
1.3 Visão Geral da Lei 11.343/06.	20
2 O TRAFICANTE NA LEI 11.343/06	24
2.1 Tratamento dispensado ao traficante pelo art. 33 da Lei 11.343/06.	24
2.2 Causa de Diminuição da Pena. O § 4º do Artigo 33.	28
2.3 O Caráter Hediondo do Delito.	33
2.4 Realidade do Tráfico de Drogas no Brasil.	36
3 AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO NO TRÁFICO DE DROGAS	41
3.1 A Função da Pena No Ordenamento Jurídico Brasileiro	41
3.2 Princípios Penais aplicáveis	43
3.2.1 <i>Princípio da Individualização da Pena</i>	43
3.2.2 <i>Princípio da Proporcionalidade</i>	45
3.2.3 <i>Princípio da Humanidade</i>	47
3.2.4 <i>Princípio da Isonomia ou da Igualdade.</i>	49
3.3 A Crise da Pena de Prisão e a Busca de Medidas Alternativas ao Cárcere.	50
3.4 A Lei 9.714/1998 e o Tráfico de Ilícito de Drogas. A vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.	54
3.5 A decisão do STF em relação à aplicação das penas restritivas de direito no tráfico ilícito de entorpecentes.	59
CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

O objeto principal do presente trabalho monográfico é a discussão acerca da possibilidade de aplicação de penas alternativas no crime de tráfico de drogas, tendo em vista a vedação legal constante em dispositivos da Lei 11.343/06. Dessa forma, este trabalho tem como escopo analisar, mais precisamente, o artigo 33 da lei especial sobre entorpecentes, o qual se refere ao crime de tráfico.

Esse tema tem chamado grande atenção dos juristas desde o início de vigência da lei supramencionada, pois se defende que tal vedação feriria direitos e garantias penais assegurados constitucionalmente, como a individualização da pena e a isonomia. Ao se vedar a pena alternativa a todo e qualquer réu condenado por tráfico de drogas, dispensa-se tratamento idêntico ao réu primário e de bons antecedentes e aos reais traficantes, reincidentes e verdadeiramente perigosos. Outro gravame da proibição se refere ao fato de que, ao vedar a pena alternativa, se dificulta ainda mais a ressocialização do réu, vez que aquela é valioso instrumento de reinserção social dos condenados.

O interesse pelo tema surgiu da constatação de que o tráfico de drogas continua sendo um dos maiores problemas enfrentados atualmente por nossa sociedade, apesar das prisões estarem abarrotadas por réus presos por esse crime e pelo rigor punitivo da legislação e da política criminal. A problemática, portanto, é a indagação se a política criminal de drogas no Brasil é realmente eficiente ou meramente simbólica.

Serão demonstradas, por uma análise doutrinária e jurisprudencial, as incongruências dos dispositivos da Lei 11.343/06 e os motivos os quais levaram o legislador a vedar a substituição da pena no crime de tráfico de drogas. Ora, é certo que o delito é um dos que mais assombram e temORIZAM a sociedade atualmente, porém, tal fato não deve servir como autorização para a supressão de direitos e garantias dos indivíduos.

A monografia está dividida em três capítulos, para uma melhor análise do tema. Inicialmente, no capítulo primeiro, serão abordados aspectos sobre a legislação antidrogas no Brasil, desde as Ordenações Filipinas até o atual diploma legal. Ademais, será feita uma breve análise sobre a política criminal adotada pelo

país, onde se verificará a forte atuação repressiva e seletiva estatal e policial sobre os condenados por tal delito. Prosseguindo, serão analisados os aspectos principais da Lei 11.343/06 e suas importantes inovações.

O capítulo segundo tratará acerca do crime de tráfico de drogas, analisando-se os pormenores do artigo 33 da Lei 11.343/06, como as principais condutas previstas, o objeto jurídico protegido, sujeitos e as penas cominadas. Ficará evidenciado que, apesar da Lei de Drogas ter retirado a possibilidade da pena de prisão ao usuário de drogas, por outro lado, aumentou a repressão à conduta do traficante, por meio do agravamento da sua pena, o que comprova a forte tendência repressiva relatada no primeiro capítulo. Será analisado o § 4º do art. 33, que trata sobre a causa de diminuição da pena, figura conhecida como tráfico privilegiado de drogas, valioso instrumento que confere ao juiz maior poder para individualizar a pena dos réus. Ficará evidenciado que a maior parte dos réus presos pelo delito de tráfico se enquadra nessa figura delitiva, por serem primários e de bons antecedentes, com base em dados da pesquisa realizada pela UNB e pela UFRJ.

Por fim, no terceiro capítulo, será abordado o tema principal do presente trabalho. Primeiramente, será feito um breve estudo acerca da real função da pena dentro do ordenamento jurídico brasileiro, onde se verificará, pelas disposições normativas, que o objetivo final e principal da pena deverá ser a ressocialização do réu. Para tanto, serão analisados os instrumentos que, em tese, serviriam para concretizar essa finalidade, quais sejam, os princípios da pena (individualização, humanidade, proporcionalidade e isonomia). Finalmente, se analisará a possibilidade de aplicação da pena restritiva de direito no tráfico de drogas, demonstrando-se o posicionamento mais antigo e mais recente da jurisprudência e da doutrina e, ainda, a decisão do Supremo Tribunal Federal, que julgou inconstitucionais as partes dos artigos 33 § 4º e 44 da Lei 11.343/06 que proíbem a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, sendo que deverá competir ao magistrado, em cada caso concreto, analisar se cabe a substituição ou não.

Por ultimo, cabe salientar que, em que pese a decisão do STF, não se verifica a perda de objeto do presente trabalho monográfico, eis que, apesar da questão já ter sido decidida na Suprema Corte, as dificuldades na aplicação da minorante e, posteriormente na substituição da pena, continuarão, por conta da

visão estereotipada que existe em cima do traficante de drogas, muito bem observada na pesquisa da UnB e UFRJ, o que, com certeza, dificultará os avanços quanto à política criminal antidrogas no Brasil. Ainda, ditos pesquisadores chegaram a conclusão de que a benesse prevista no § 4º do art. 33 não logrou alcançar os objetivos que se propôs o legislador, eis que, apesar de se verificar que a maioria dos condenados são primários e de bons antecedentes, comprovou-se uma resistência das instâncias ordinárias e do próprio STJ em aplicar a causa de diminuição, conforme se verá adiante.

1 O TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL

1.1 Histórico da Legislação Antidrogas no Brasil

No Brasil, a criminalização de condutas vinculadas ao comércio e uso de entorpecentes surgiu nas Ordenações Filipinas, datada de 1603 e regulamentada em seu Livro V, Título LXXXIX, onde dispunha “[...] que ninguém tenha em caza rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso”, bem como “[...] nem solimão, nem ópio, salvo se for boticário examinado e que tenha licença para ter botica, e o usar do ofício”. A consequência prevista para aqueles que infringissem essas normas era o confisco de seus bens e/ou o degredo para a África.¹

O Código Criminal do Império (1830) não tratou especificamente sobre a matéria de tóxicos, contudo o Regulamento de 1851 disciplinou o assunto, ao tratar da polícia sanitária e do comércio de substâncias medicinais².

O Brasil somente consolidou o seu primeiro diploma penal incriminador com a vigência do Código Penal Republicano de 1890. Tal legislação, apesar de considerar crime o ato de vender ou ministrar substâncias “venenosas”, na prática, não se mostrou suficiente para combater a onda de toxicomania existente no país à época³. Por tal razão, para tentar coibir tais condutas, foram editados alguns atos normativos, como o Decreto nº 4.294, de 6 de julho de 1921 ou o Decreto nº 24.505 de junho de 1934, que determinaram efetivamente quais seriam as substâncias entorpecentes consideradas “venenosas”.

Nesse período, o que se nota é que existia considerável legislação esparsa acerca da matéria antidrogas e, por isso, fora criada a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, com o objetivo de concentrar todos esses diplomas legais em um só. Originou, portanto, a Consolidação das Leis Penais de 1932, que fixou normas gerais sobre a fiscalização e repressão ao tráfico e uso de entorpecentes.⁴

¹ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 11.

² GRECO FILHO, Vicente. *Lei de Drogas Anotada: Lei nº 11.343/06*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.

³ GRECO FILHO, Vicente. *Lei de Drogas Anotada: Lei nº 11.343/06*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.

⁴ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4.

Com essa Comissão, surgiu também o Decreto-Lei nº 891, de 25 de novembro de 1938, inspirado na Convenção de Genebra de 1936. Esse decreto, que tinha como objetivo dar maior efetividade aos acordos internacionais sobre drogas, trouxe a relação das substâncias consideradas entorpecentes, as regras sobre produção, comércio e consumo, bem como as condições de internações e interdição civil de usuários e dependentes químicos. Também equiparou as condutas do traficante e do usuário, negando benefícios, como a suspensão da execução da pena e o livramento condicional⁵.

Para Salo de Carvalho, apesar de se verificar a existência de criminalização de drogas ao longo de toda a história legislativa brasileira, somente a partir de 1940 que se pôde observar o nascimento do verdadeiro modelo “proibicionista sistematizado”⁶.

Por sua vez, o Código Penal de 1940 tratou sobre o assunto em seu artigo 281. A finalidade da norma era reduzir o comércio de drogas e o consumo de substâncias entorpecentes:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

Em observância ao princípio da taxatividade, o Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência majoritária da época entenderam que esse dispositivo punia tão somente os comerciantes de drogas, ou seja, não abrangia os consumidores, ocorrendo, portanto, a descriminalização do uso.

Contrariamente a esse entendimento, o Decreto Lei 385/68 modificou o artigo 281 do Código Penal e criminalizou a conduta do usuário, impondo a mesma pena dos traficantes. Assim, a punição se tornou idêntica à todos aqueles agentes que participavam da cadeia do tráfico, independentemente da sua participação ou importância⁷.

ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 12.

⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Lei de Drogas Anotada: Lei nº 11.343/06*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3.

⁶ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 12.

⁷ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4.

Após três anos de vigência do Decreto Lei 358/68, o artigo 281 foi novamente alterado pela Lei nº 5.726/71, que dispôs sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de entorpecentes. Salo de Carvalho afirma que tal legislação distinguiu a conduta do usuário como dependente e do traficante como delinqüente (estereótipo criminoso).⁸

Posteriormente, a Lei 5.726/71 foi substituída pela Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, que teve como objetivo incrementar ainda mais a repressão ao consumo e tráfico de drogas, revogando definitivamente o artigo 281 do Código Penal. Esse diploma elevou o número das tipificações de condutas tráfico de drogas e diferenciou as figuras do usuário e do traficante, especialmente no que tange à quantidade das penas.

A Lei 6.368/76 dispôs em artigos distintos as condutas do traficante (artigo 12) e do usuário (artigo 16). O artigo 12 mencionou a conduta do comerciante de drogas, prevendo pena mais severa, reclusão de 3 (três) a 15 (quinze) anos bem como, pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias multa:

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Por outro lado, previu a pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa aos usuários, no já mencionado artigo 16. Cabia ainda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito e *sursis*.

Verifica-se, ainda, que o artigo 12 previa dezoito verbos para tipificar o crime de tráfico, os quais ainda prevalecem na atual legislação (Lei 11.343/06). Cabe ressaltar que, conforme as anteriores e reiteradas legislações, continuou por se considerar uma norma penal em branco, visto que dispõe “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”, ou seja, ficará a cargo de órgãos

ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 18.

⁸ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 19.

de vigilância sanitária o arrolamento das substâncias proibidas⁹.

A doutrina¹⁰, à época, considerou que a Lei 6.368/76 fora um sucesso, visto que atingiu o que se propôs, ou seja, iniciou, de fato, as atividades de prevenção e repressão às práticas de tráfico e uso ilícito de entorpecentes.

Apesar dos avanços alcançados por essa Lei, principalmente no que tange a clara distinção de tratamento aos usuários e aos traficantes, entendeu-se, com o passar dos anos, que a mesma não atendia mais aos reclames sociais e políticos com vistas à redução da criminalidade:

A legislação antidrogas anterior (lei 6.368/76) há muito estava a reclamar modificações em sua concepção com relação àquelas condutas que causam danos sociais a justificar a aplicação dos meios tradicionais de pena (prisão e multa), separando de forma mais racional aquelas situações em que a conduta do agente se volta mais contra ele próprio do que contra a sociedade, daquelas em que, ao contrário, o agente, cria um risco real, para a saúde pública em geral e, além disso, fomenta uma série de atividades criminosas que se desenvolvem no entorno do comércio de substâncias entorpecentes ilícitas.¹¹

Diante desse quadro, várias tentativas e projetos de leis foram apresentados para substituir a Lei 6.368/76. Foi então que entrou em vigor a Lei nº 10.409/2002. Contudo, devido a sua péssima qualidade no que se refere à definição dos crimes, o Poder Executivo vetou todo o Capítulo III da Lei, qual seja, “Dos crimes e das Penas”. Com isso, concluiu-se que os dispositivos da Lei 6.368/76 que não fossem incompatíveis com a Lei 10.409/2002 continuariam em vigor, no caso, a parte dos crimes e das penas. Portanto, verifica-se que somente a parte processual da Lei de 2002 permaneceu em vigor. A situação da legislação antidrogas brasileira ficou assim definida:

a) no aspecto penal, a Lei n. 6.368/76, de modo que continuavam vigentes as condutas tipificadas pelos arts.12 a 17, bem como a causa de aumento previsto no art.18 e a diretamente estabelecida pelo artigo 19, ou seja, todo o Capítulo III dessa lei;

b) na parte processual, a Lei n. 10.409/2002, estando matéria regulada nos seus Capítulos IV (Do procedimento penal) e V (Da instrução criminal).¹²

⁹ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 27.

¹⁰ GAMA, Ricardo Rodrigues. *Nova Lei sobre drogas: Lei nº. 11.343/2006 comentada*. 1. ed. Campinas: Russell Editores, 2006, p. 26.

¹¹ SOUZA, Sergio Ricardo de. *A Nova Lei Antidrogas (Lei 11.343/2006): Comentada e Anotada*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 2-3.

¹² CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 697.

Diante desse caos legislativo instaurado no Brasil começou a se defender a elaboração de uma nova lei inteira, revogando-se completamente as Leis 10.409/2002 e 6.368/76, o que acabou ocorrendo com a promulgação do atual diploma nº 11.343/06, cujos aspectos principais serão apresentados adiante.

1.2 Política Criminal Antidrogas no Brasil

Antes de adentrar, especificamente, na política criminal adotada ao tráfico de drogas pelo Brasil, é essencial fazer uma breve análise sobre o termo, de forma genérica, mencionando conceitos dados por doutrinadores, ressaltando seus caracteres e importância.

Pode-se dizer que a política criminal é um ramo da política jurídica. Essa, por seu turno, deve ter a função básica de buscar o direito adequado a cada época, de acordo com os costumes e características de um povo, dos seus padrões éticos e políticos.¹³ Assim sendo, o mesmo doutrinador continua aduzindo o conceito de política criminal como sendo o ramo que tem como finalidade o estudo e a prática de ações estatais adequadas para controlar a criminalidade em uma determinada sociedade ou o conjunto de diretrizes básicas que irá guiar o legislador, no momento da confecção da norma, e o jurista, no momento da aplicação da norma ao caso concreto, a construir um sistema penal mais útil e justo.

A doutrina em peso também não se afasta desse conceito jurídico da categoria de política criminal. Citado por José Leal¹⁴, temos a definição de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli, afirmando que política criminal é:

[...] a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que ineludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.

Em sociedades mais desenvolvidas e instruídas, observa-se outra

¹³ LEAL. João José. Tráfico de Drogas e Controle Penal: Nova Política Criminal e Aumento da Pena Mínima para o Crime de Tráfico Ilícito de Drogas. *Revista IOB de Direito Processual Penal*, nº 43 - Abril/Maio 2007, p. 39.

¹⁴ LEAL. João José. Tráfico de Drogas e Controle Penal: Nova Política Criminal e Aumento da Pena Mínima para o Crime de Tráfico Ilícito de Drogas. *Revista IOB de Direito Processual Penal*, nº 43 - Abril/Maio 2007, p. 40.

característica fundamental nas políticas criminais, qual seja, a busca pela humanização da execução penal. A idéia de humanização deve ter como foco principal a ressocialização do preso e a sua reinserção na sociedade. Citam-se alguns pressupostos para a concretização desse processo de humanização: a reforma e melhoria das prisões, a progressão penal fomentando um maior contato com a sociedade e a mais essencial entre todas, qual seja, a maior utilização de medidas alternativas à prisão.¹⁵

Luiz Flávio Gomes explica que há, pelo menos, quatro tendências mundiais de políticas criminais no tocante às drogas¹⁶.

O primeiro modelo mencionado pelo doutrinador é o modelo norte-americano. Nesse sistema, adotado particularmente pelos Estados Unidos da América, há a tolerância zero quanto ao consumo e ao comércio de drogas. Para resolver o problema social do tráfico, a solução encontrada pelos defensores desse modelo é o encarceramento de todos aqueles envolvidos com os entorpecentes, não importando o grau de participação dos mesmos (usuários, pequenos, médios e grandes traficantes). São inúmeras as críticas feitas à esse entendimento. Discute-se que essa solução não desestimula e não dificulta o acesso dos usuários às drogas, bem como, não reduz a criminalidade, acarretando, inclusive, a superlotação das cadeias e considerável e inútil gasto público com a manutenção do sistema prisional. Contudo, a ONU vem se posicionando conforme essa doutrina norte-americana, defendendo que a liberalização total das drogas acarretaria efeitos mais drásticos do que a sua repressão¹⁷.

O segundo modelo apresentado é o chamado liberal radical, que defende a liberalização total das drogas, tanto do uso quanto do comércio. Para tanto, utilizam-se do fundamento de que a repressão, tendo como instrumento a prisão, somente atinge as classes mais vulneráveis da sociedade.

O terceiro modelo é o da “redução de danos” (sistema europeu). É o modelo que se contrapõe diretamente ao modelo norte-americano. Defende, portanto, a descriminalização gradual das drogas, utilizando-se, para tanto, de uma política de

¹⁵ ZAFFARONI, E. R. PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 2.ed. Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 132.

¹⁶ GOMES. Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 27.

¹⁷ GOMES. Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 27.

controle e educação, reinserindo e ressocializando o usuário. Além disso, trata as drogas como um problema de saúde pública¹⁸. No caso, prega pela utilização controlada das drogas, de um modo “saudável”, conforme a regulamentação estatal. Luiz Flávio Gomes¹⁹ cita o exemplo, utilizado por alguns países desenvolvidos, de usar a maconha como “droga de saída”, ou seja, o dependente de drogas mais pesadas poderia sair do vício dessas, consumindo a maconha (droga mais “leve”).

O quarto e último modelo citado é o da Justiça Terapêutica que centra a sua atenção no tratamento dos usuários e dependentes.

Retornando à legislação brasileira, pode-se dizer que a Lei 11.343/06 abarcou uma dupla orientação de política criminal: de um lado, a tendência de Redução de Danos aos usuários e do outro lado a tendência de Tolerância Zero aos traficantes.

Atualmente, não pode mais impor a prisão aos usuários e dependentes de drogas, pois houve a descriminalização (penal) do consumo de entorpecentes no Brasil. Porém, ressalta-se, que a conduta não deixou de ser ilícita, pois sobre ela ainda recaem as consequências previstas no art. 28 da Lei 11.343/2006²⁰.

Contudo, no caso da produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas, conforme dito, a Lei optou pelo modelo proibicionista, inclusive, com o endurecimento da pena e a proibição de vários benefícios penais.

Pode-se dizer que foi com a Lei 6.368/76 que fora instaurado definitivamente o modelo repressivo contra drogas no Brasil, com a influência de duas convenções da Organização das Nações Unidas sobre a matéria: a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961 e o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971²¹.

Posteriormente, foi confeccionada ainda a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas de 1988 (Convenção de Viena).

Mediante esses diplomas internacionais, pretendeu-se restringir a produção

¹⁸ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 27.

²⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 58.

²¹ KARAM, Maria Lúcia. *Lei 11.343/06: novos e repetidos danos aos direitos fundamentais*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Ano 14 n. 167, out. 2006.

e o fornecimento de substâncias entorpecentes e ilícitas a fins exclusivamente médicos e científicos, criminalizando e punindo, portanto, quaisquer atos que possuam outras finalidades²².

Mas, foi somente com a Convenção de Viena de 1988 que a repressão às drogas chegou ao seu ápice. O próprio título da Convenção já demonstra tal fato, eis que, não se apresenta mais como nos diplomas antecedentes - “sobre entorpecentes” ou “sobre substâncias psicotrópicas” -, e, sim como “contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas”. Essa Convenção se inspira, notoriamente, na política de “guerra às drogas”, iniciada nos anos 70, pelos Estados Unidos da América. A partir desse movimento conhecido como “Movimento da Lei e da Ordem”, o traficante começou a ser visto como o verdadeiro inimigo da sociedade, devendo ser eliminado de qualquer maneira. Com efeito, a supressão do tráfico de drogas passou a ser questão de segurança nacional.²³

Esse movimento surgiu tendo como base alguns fatos, como por exemplo, o incremento da criminalidade direcionada às camadas sociais mais privilegiadas que, até então, não estavam acostumadas com esse tipo de ataque agressivo e, ainda, o crescimento do tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins.²⁴

Nesse sentido, o Movimento Lei e Ordem enxerga o criminoso como um ser daninho e a criminalidade como uma doença infecciosa, sendo que ambos precisam ser eliminados a qualquer custo. Dessa maneira, a sociedade é dividida entre os homens incapazes de praticar atos delituosos e homens doentes e prontos para delinquir a qualquer momento. Assim, para proteger a sociedade dessa “doença”, a única alternativa que resta é declarar uma guerra contra a parte nociva da sociedade, acautelando os “homens de bens”. Com efeito, o que se verificou em decorrência desse movimento foi a criação de vários tipos penais novos, o agravamento dos já existentes, a produção de mais leis especiais, o alargamento da esfera de atuação policial, a supressão das garantias processuais e a proibição de vários benefícios penais. Ora, o que se nota, portanto, é o reforço da máquina repressiva estatal em desfavor da liberdade e da dignidade do cidadão, tudo em

²² KARAM, Maria Lúcia. *Lei 11.343/06: novos e repetidos danos aos direitos fundamentais*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Ano 14 n. 167, out.2006.

²³ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 31.

²⁴ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 78.

nome de uma “defesa social”, sendo que o discurso simbólico desse movimento é dar tranquilidade à população, apaziguando o clamor público e a mídia²⁵.

Ainda, no que toca às drogas, sabe-se que foi daquele movimento que se originou a ideologia da diferenciação dos agentes envolvidos com os entorpecentes. A característica dessa ideologia é a distinção entre o traficante (delinquente) e consumidor (doente). Dessa forma, para os traficantes, os verdadeiros culpados do comércio de drogas, seria aplicado o discurso jurídico-penal (estereótipo de criminoso) e sobre o consumidor recairia o discurso médico-sanitário (estereótipo de dependência)²⁶.

Vislumbra-se, portanto, que o discurso proibicionista norte-americano contribuiu para o rigorismo da legislação antidrogas em vários países e, inclusive, no Brasil. Adotando esse discurso e sintonizando com os ideais de repressão no âmbito internacional, na década de 70, o Brasil instituiu como modelo político criminal, nas palavras de Salo de Carvalho²⁷:

[...] o sistema proibicionista no Brasil se sustenta no tripé ideológico representado pelos Movimentos de Lei de Ordem (MLOs), pela ideologia da Defesa Social (IDS) e, subsidiariamente pela Ideologia da Segurança Nacional (ISN) [...] a ideologia da Defesa Social (nível dogmático e legislativo), corroborada pela militarização do controle, através da ideologia da Segurança Nacional (plano da Segurança Pública), e legitimada pela produção e reprodução do consenso sobre a “criminalidade” e seus estereótipos com os movimentos de “Lei e Ordem” (legitimação material).

Pois bem. O alto grau de proibicionismo e de repressão no Brasil, no que tange à “guerra as drogas”, permaneceu com a nova legislação em vigor, isso por que o legislador aumentou a pena base para o crime de tráfico de drogas, continuando a ser considerado crime equiparado a hediondo e, dessa forma sendo vedada a concessão de sursis, graça ou anistia, além de ser proibida a liberdade provisória, dentre tantos outros gravames.

Ocorre que, esse modelo de punição exacerbada não se mostrou eficiente do ponto de vista da redução da criminalidade e da ressocialização dos réus, ou seja, seus resultados contradizem com os fins proclamados por essa política

²⁵ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 83.

²⁶ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²⁷ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 31.

punitiva.

Nesse sentido, a prisão tem participação especial nesse sistema, vez que é a alternativa preferida para a punição de traficantes, sejam eles de qualquer grau de periculosidade. O endurecimento das penas e a vedação de vários benefícios por ser o delito de tráfico de drogas equiparado a hediondo são medidas justificadas pelo discurso jurídico simbólico do proibicionismo.

Agora, é interessante fazer uma breve análise sobre os principais sujeitos que são atingidos pela repressão estatal ao tráfico de drogas.

Vera Malaguti Batista²⁸, com base em pesquisas históricas tomadas sobre documentos constantes no Arquivo Público do Estado do Rio de Janeiro, além dos arquivos da antiga Funabem e da 2ª Vara de Menores do Estado do Rio de Janeiro em processos dos anos setenta e oitenta, mostra, de forma concisa e fundamentada, a origem e os motivos que fazem cada vez mais os jovens das favelas do Rio de Janeiro entrarem no mercado ilícito do tráfico de drogas e a maneira seletiva que a justiça penal atua sobre os jovens de classe baixa, média e alta.

A autora demonstra que a maioria esmagadora dos jovens, atualmente criminalizados, são pobres e carentes. São jovens que não tem oportunidade para crescer e, por necessidade e para ter subsistência, entram no mercado ilícito das drogas, por verem nele uma forma mais rápida e lucrativa de ganhar dinheiro²⁹.

Demonstra, ainda, que o próprio sistema tem uma visão seletiva no momento de “punir” esse jovem pobre e não branco, daquele outro jovem de classe alta. Na maioria das vezes, os jovens de classe média alta, pegos com certa quantidade de droga, eram submetidos a um tratamento médico, ou seja, enviados para serem tratados em casa. E ao jovem pobre, era dado tratamento criminal. Esse é mais um motivo que a autora cita como colaboração na criminalização dos meninos pobres da favela, ou seja, o próprio Estado os exclui e os criminalizam.

Conclui, por fim, que a causa da repressão ao tráfico de drogas não é a droga em si e os malefícios que ela causa para a saúde, mas o controle que é

²⁸ BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

²⁹ BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 97.

exercido sobre aquela parcela da população que é a considerada “perigosa” e, no caso, a punição recairá principalmente sobre as classes mais vulneráveis. Os relatórios demonstram que a punição não era diferenciada do ponto de vista da quantidade ou até mesmo da espécie da droga transportada, e sim quem estava transportando o entorpecente.³⁰

Maria Lúcia Karam descreve as características principais dessas pessoas que são selecionadas pelo sistema:

[...] Esses pequenos empresários e trabalhadores do comércio das drogas tornadas ilícitas, demonizados como “traficantes” ou “narcotraficantes” (mesmo não vendendo narcóticos, mas especialmente cocaína), vivem nos guetos chamados de favelas, nas periferias dos grandes centros urbanos (as favelas, mesmo quando situadas em bairros “nobres”, são discriminadas como periféricas), fazendo daquele comercio a fonte de sua subsistência, encontrando em tal atividade a única possibilidade de viver com um mínimo de conforto e reconhecimento, embora pagando o preço de vidas que se extinguem prematuramente.³¹

Assim, verifica-se que é uma característica comum do sistema penal brasileiro agir de forma seletiva, ou seja, há a maior incidência do poder punitivo estatal em determinadas classes sociais.

Pode-se dizer que essa seletividade se manifesta em dois momentos distintos do procedimento penal³². Num primeiro momento, há a criminalização primária, ou seja, é a vez do legislador escolher quais as condutas que serão incididas pela lei penal. Por outro lado, no segundo momento, há a criminalização secundária, aonde haverá a seleção pela polícia judiciária dos indivíduos que irão sofrer diretamente com o poder punitivo. Vislumbra-se, que nessa última, o que prevalece são os estereotípicos:

[...] Analisando a fala dos policiais o que se vê é que a atividade suspeita não se relaciona a nenhum ato suspeito, não é atributo do “fazer algo suspeito” mas sim de ser, pertencer a um determinado grupo social; é isso que desperta suspeitas automáticas. Jovens pobres pardos ou negros estão em atitude suspeita andando na rua, passando num táxi, sentados na grama do Aterro, na Pedra do leme ou reunidos num campo de futebol.³³

³⁰ BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 81.

³¹ KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, Riscos, Danos e Enganos: As Drogas Tornadas Ilícitas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2009, p. 46.

³² SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra N. *Os direitos humanos como fundamento do minimalismo penal de Alessandro Baratta. Verso e Reverso do Controle Penal: (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva*. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.) Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p.16.

³³ BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro*.

Veja-se que atividade suspeita nada mais é que uma maneira de estigmatizar um grupo seletivo da sociedade. Vera Regina P. Andrade conclui que “a clientela do sistema penal é composta, ‘regularmente’, em todos os lugares do mundo, por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais”. Afirma, por fim que, tal fato “é resultado de um processo de criminalização altamente seletivo e desigual de ‘pessoas’ dentro da população total, às quais se qualifica como criminosos”.³⁴

Nesse passo, esse modelo proibicionista em relação às drogas tem como principal função o controle e a exclusão das classes mais vulneráveis e estigmatizadas da sociedade, com o encarceramento massivo desses “inimigos sociais”, com o fim de proteger os “homens bons e honestos”.

Verifica-se que a atitude repressiva estatal contra os crimes relacionados ao tráfico de drogas se influenciou pelos movimentos lei e ordem dos EUA, inclusive quando considerou tal crime hediondo. Idéias essas que tiveram suporte na ilusão de que leis de extrema severidade e penas privativas de liberdade seriam suficientes para abrandar e/ou anular a criminalidade existente

Portanto, apesar de ter retirado a possibilidade da pena de prisão aos usuários de drogas, a Lei 11.343/03 manteve e reforçou a sua postura proibicionista no que tange aos comerciantes de entorpecentes, por influência ainda dos ideários internacionais de guerra às drogas, não trazendo qualquer mudança no tratamento público a questão do tráfico. Tal situação somente irá piorar a situação que se encontra as prisões brasileiras e, por conta desse abismo existente entre usuário e traficante (ideologia da diferenciação), o poder punitivo estatal recairá principalmente sobre os pequenos traficantes selecionados pelo sistema.

1.3 Visão Geral da Lei 11.343/06.

A Lei nº 11.343/06, mais conhecida como a nova Lei de prevenção e combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, é originária do Projeto de Lei nº 7.134/02

Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 103.

³⁴ ANDRADE, Vera Regina. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 52

e entrou em vigor 45 dias após a sua publicação, que ocorreu em 24 de agosto de 2006, ou seja, em 08 de outubro de 2006. A sua principal importância no cenário legislativo nacional foi a unificação da legislação antidrogas no Brasil, com a revogação expressa das Leis nº 6.368/76 e 10.059/02, em seu artigo 75.

De acordo com Luiz Flávio Gomes, a Lei 11.343/06 possui alguns pontos centrais, que merecem destaque, senão vejamos:

[...] (a) pretensão de se introduzir no Brasil uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário; (b) eliminação da pena de prisão ao usuário (ou seja: em relação a quem tem posse de droga para consumo pessoal); (c) rigor punitivo contra o traficante e financiador do tráfico; (d) clara distinção entre o traficante “profissional” e o traficante ocasional; (e) louvável clareza na configuração do rito procedimento e (f) inequívoco intuito de que sejam apreendidos, arrecadados e, quando o caso, leiloados os bens e vantagens obtidos com os delitos de drogas.³⁵

A Lei 11.343/06 estabeleceu uma série de normas visando a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de entorpecentes, contudo, utilizou técnica diferenciada daquela utilizada pela legislação anterior, prevendo respostas penais diferentes às condutas do usuário, do dependente de drogas e do traficante de entorpecentes.

O legislador, com efeito, alterou o tratamento penal dado ao usuário pela Lei 6.368/76, ou seja, não é mais possível submeter o mero usuário de drogas a pena privativa de liberdade, nem mesmo se esse descumprir a pena alternativa de prestação de serviços à comunidade. Assim, o artigo 28 prevê a submissão à advertência sobre os efeitos das drogas, à prestação de serviços à comunidade e à medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo como sanções a quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Por outro lado, houve um claro endurecimento no tratamento em relação ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, como se verá adiante, o que ressalta ainda mais a intolerância com essa conduta, a ponto de aceitar como resposta penal, apenas a prisão do agente³⁶.

³⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

³⁶ BARBOSA JÚNIOR, Salvador José. *A Nova Lei de Drogas e a Proibição da Pena Restritiva de*

Vislumbra-se que a nova legislação manteve os mesmos ideais perseguidos pelos defensores do Movimento Lei e da Ordem, aonde as pessoas “etiquetadas” como usuários/dependentes e traficantes de drogas são tratados como os verdadeiros inimigos da sociedade, ou seja, o proibicionismo exacerbado ainda prevalece na nova legislação, sendo meramente disfarçado com a venda da imagem de que houve um avanço no sistema penal ao despenalizar a conduta do usuário³⁷.

Ainda, manteve-se a ideologia da diferenciação, concepção também oriunda dos Movimentos Lei e Ordem, aonde há notável separação entre o perfil do consumidor (classe média e alta) e do traficante (classe baixa). Salo de Carvalho aduz que ao se diferenciar o usuário do traficante, sobre esse último recai:

[...] o discurso jurídico que define o estereótipo criminoso, passando a serem considerados como corruptores da sociedade. Sobre o consumidor, devido a sua condição social, incidiria o discurso médico consolidado pelo modelo médico-sanitário em voga na década de cinquenta, que difunde o estereótipo da dependência.³⁸

Outro ponto digno de anotação se refere à mudança da terminologia adotada pelo legislador. Abandonou-se a expressão “substância entorpecentes ou que determine a dependência física ou psíquica”, utilizada pela Lei 6.368/76, empregando agora, simplesmente o termo “droga”, que possui uma aceção mais ampla. Nesse sentido, droga seria qualquer substância manipulada pelo homem, aplicada ou ingerida, cujos princípios químicos possam causar alterações físicas e afetar a saúde³⁹.

Criou-se também com a Lei, o SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), que tem como objetivo principal a articulação, integração, organização e coordenação das atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido das drogas e a reinserção social dos usuários e dependentes de tóxicos, além da repressão do tráfico ilícito de entorpecentes.

A Lei 11.343/06 enumerou como princípios a serem seguidos pelo SISNAD, em seu artigo 4º, a autonomia da vontade e a liberdade, reconhecendo-os como

Direitos ao Condenado por Tráfico de Entorpecentes. Revista de Direito Processual Penal nº 40 - Out/Nov/2006, p. 13.

³⁷ BIZZOTO, Alexandre, RODRIGUES Andreia de Brito e QUEIROZ, Paulo. *Comentários Críticos à Lei de Drogas*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 2.

³⁸ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 23.

³⁹ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Nova Lei antidrogas comentada: crimes e regime processual penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 14.

direitos fundamentais da pessoa humana. De fato, isso é um grande avanço na legislação, contudo, tais princípios dirigem-se especificamente aos usuários. Quanto aos agentes condenados por tráfico de drogas, a Lei, de forma explícita, alega que deverá incidir o modelo repressivo⁴⁰.

Assim, apesar do acerto em despenalizar a conduta do usuário de drogas, a legislação continua tendo como principal objetivo a repressão ao tráfico de drogas, partindo do pressuposto de que políticas estatais com esses fins têm o condão de eliminar o crime, o que tem demonstrado não ser verdade.

Para ilustrar a situação, cabe ressaltar a política repressiva estatal realizada pelos governos de alguns países da América Latina, com clara influência dos ideais norte americanos, que têm fracassado como forma de pacificação social e eliminação da criminalidade⁴¹.

Oportunamente, deve-se salientar, que esse trabalho monográfico somente tratará sobre os elementos gerais do crime de tráfico de drogas previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06 e, mais especificamente, sobre a causa de diminuição da pena capitulada no § 4º do referido dispositivo, com todos seus requisitos e, principalmente, sobre a possibilidade da pena alternativa aos beneficiados por essa benesse, como se verá adiante. Por essa razão, não serão analisado os pormenores do crime de tráfico de drogas, especialmente as variantes previstas nos parágrafos do art. 33 da Lei 11.343/06.

⁴⁰ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 24.

⁴¹ BIZZOTO, Alexandre, RODRIGUES Andreia de Brito e QUEIROZ, Paulo. *Comentários Críticos à Lei de Drogas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 p. 5.

2 O TRAFICANTE NA LEI 11.343/06

2.1 Tratamento dispensado ao traficante pelo art. 33 da Lei 11.343/06.

Neste capítulo, abordaremos o tema central do presente trabalho monográfico, qual seja, o delito de tráfico de drogas previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06 bem como, a causa de diminuição da pena definida no § 4º do aludido dispositivo legal, especialmente quanto à possibilidade da aplicação da pena restritiva de direitos.

Com efeito, é notório que a Lei 11.343/06, continuando o sistema adotado na legislação anterior, puniu com maior severidade a figura do traficante de drogas, considerando esse o verdadeiro inimigo da sociedade, conforme ressaltado no capítulo anterior. Pode-se dizer que tal fórmula se deu, principalmente, pelo delito de tráfico de drogas ser, em sua essência, considerado crime hediondo, pela própria Constituição Federal, o que já, de per si, lhe atribui tratamento mais gravoso, negando uma série de benefícios na execução penal.

A Lei 11.343/06, no *caput* do artigo 33, manteve a incriminação das dezoito ações já contempladas no artigo 12 da Lei 6.368/76. São elas: importar, exportar, remeter (expedir), preparar (por em condições adequadas para uso), produzir (gerar), fabricar (manufaturar), adquirir, vender, expor à venda (exibir para a venda), oferecer (tornar disponível), ter em depósito, transportar, trazer consigo (levar junto ao corpo), guardar (zelar para terceiro), prescrever (receitar), ministrar (aplicar), entregar (ceder) a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente⁴².

Apesar de não ter havido modificação dos verbos acima referidos, observa-se que houve substancial agravamento da pena mínima prevista, que passou de três para cinco anos. Conforme aduz Gomes⁴³, esse tratamento segue a linha punitiva repressiva internacional, com o aumento da pena base e proibições no que tange a fiança, indulto, sursis, anistia, liberdade provisória, penas substitutivas e o direito de apelar em liberdade. Contudo, por outro lado, previu outras figuras, com sensível

⁴² GOMES. Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 180.

⁴³ GOMES. Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

diminuição da pena, como é o caso do § 4º do art. 33, figura central do presente trabalho.

As mesmas penas também estão cominadas para as hipóteses assemelhadas, previstas no § 1º, I, II e III, do art. 33. Essas condutas são consideradas crimes equiparados ou assemelhados ao tráfico ilícito de drogas. Assim, incorre também na pena de reclusão de cinco a quinze anos, quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

Salienta-se que na vigência da Lei anterior eram cinco as condutas típicas previstas equiparadas ao tráfico ilícito de entorpecentes, agora reduzidas às três acima mencionadas. Com efeito, uma forma equiparada ao tipo básico, com a Lei 11.343/06, recebeu tratamento mais brando: induzimento ou auxílio ao uso indevido de droga (art. 33 § 2º). Agora, a pena cominada é de detenção de um a três anos, e anteriormente era de três e quinze anos de reclusão.

Ressalta-se ainda que apesar da previsão dos dezoito verbos supracitados, a expressão tráfico de drogas possui um significado muito mais amplo do que o de mero comércio ilegal de drogas, pois a Lei incrimina até os atos meramente preparatórios⁴⁴.

Contudo, admite-se que não existe um conceito ou significado jurídico penal do delito de tráfico ilícito de drogas, ou seja, apesar da previsão das dezoito condutas no artigo 33, inexistente, no direito penal brasileiro, uma figura típica que designe pelo *nomen juris* de tráfico de entorpecentes⁴⁵.

Com efeito, em que pese a dificuldade em se estabelecer um conceito de

⁴⁴ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Nova Lei antidrogas comentada: crimes e regime processual penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 56.

⁴⁵ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 146.

“tráfico de drogas”, há de se considerar que a finalidade da conduta típica deve estar relacionada minimamente com a conduta de comercialização ou mercancia das drogas ou com algum ato que possa virar um futuro negócio ilícito de venda de substâncias entorpecentes.

Essa variedade de verbos faz do crime previsto no artigo 33 um delito de ação múltipla, ou seja, mesmo que o agente pratique, no mesmo contexto fático e sucessivamente, mais de uma ação (por exemplo, fabricar a droga, manter em depósito e depois a importar), responderá por crime único. Cabe ressaltar que essa pluralidade de núcleos existentes em cada caso concreto deverá ser considerada pelo juiz no momento da fixação da pena⁴⁶.

O objeto jurídico protegido pelo art. 33 da Lei 11.343/06 é a saúde pública, pois se entende que o tráfico coloca em risco um número indeterminado de pessoas, no caso, toda a sociedade, vez que a disseminação descontrolada de substâncias ilícitas pode levar a destruição moral e efetiva de uma coletividade⁴⁷.

Há um posicionamento doutrinário⁴⁸, contudo, que entende ser essa tese infundada, eis que, se a pretensão da norma fosse realmente proteger a saúde pública, o mais certo seria haver a legalização das drogas e não a sua criminalização. Explica-se. Primeiramente, com a criminalização não há a possibilidade de existir uma fiscalização adequada sobre a qualidade das substâncias entorpecentes, por conta de sua clandestinidade. Ainda, os consumidores não possuem o mínimo de informação sobre a nocividade dessas substâncias; e por último, sabe-se que o sistema de saúde brasileiro não tem a mínima condição de tratar usuários e dependentes químicos devidamente.

O delito de tráfico de drogas é um crime de perigo abstrato, ou seja, não se faz necessário, para a sua ocorrência, a prova do seu dano efetivo, por esse já ser presumido, bastando a prática de qualquer das dezoito condutas tipificadas em lei⁴⁹.

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 181.

⁴⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: legislação penal especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 765.

⁴⁸ BIZZOTO, Alexandre, RODRIGUES Andreia de Brito e QUEIROZ, Paulo. *Comentários Críticos à Lei de Drogas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 42.

⁴⁹ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Nova Lei antidrogas comentada: crimes e regime processual penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 57.

No que tange aos sujeitos do delito, Greco Filho⁵⁰ indica como sujeito passivo a coletividade, não se excluindo, todavia, a possibilidade de, em um determinado caso, se apontar uma vítima específica, como por exemplo, na hipótese de um indivíduo ministrar substância entorpecente a um menor inimputável. Como sujeito ativo, indica-se qualquer pessoa, imputável, que pratique uma das condutas previstas no tipo, não se tratando, portanto, de crime próprio.

Com relação ao elemento subjetivo do tipo, o delito somente é punido na sua forma dolosa, ou seja, para o agente ter imputado contra si a pena do tráfico, deverá ter consciência de que explora, de alguma forma, uma substância entorpecente proibida, sem autorização legal ou regulamentar⁵¹. Ademais, não se exige o dolo específico, ou seja, até mesmo o ato de oferecer gratuitamente é configurador do delito⁵².

Ainda, importante salientar que a norma do artigo 33 é tratada pela doutrina como norma penal em branco, pois deverá ser complementada por preceito administrativo. Assim, a listagem periódica das drogas proibidas deverá ser estipulada pelo Poder Executivo da União e atualizada pelo Ministério da Saúde, por meio de Portaria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária⁵³.

Conforme aduz Gomes⁵⁴, considerável parte da doutrina tece críticas a esse sistema adotado pelo Brasil, mencionando que melhor que relacionar, num rol taxativo, as substâncias consideradas entorpecentes, seria em cada caso concreto, comprovar a capacidade da substância de gerar dependência, por meio de um laudo confeccionado por perito competente.

Porém, o referido doutrinador entende que tal sistema violaria o princípio da legalidade, por trazer enorme insegurança jurídica ao destinatário da norma, que saberia que sua substância é ilegal ou não somente após o laudo de um perito.

No que se refere às circunstâncias indicativas do tráfico, entende-se não ser

⁵⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Lei de Drogas Anotada: Lei n° 11.343/06*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 80.

⁵¹ GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 183.

⁵² GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Nova Lei antidrogas comentada: crimes e regime processual penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 61.

⁵³ BIZZOTO, Alexandre, RODRIGUES Andreia de Brito e QUEIROZ, Paulo. *Comentários Críticos à Lei de Drogas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 06.

⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 179.

suficiente a análise da quantidade ou qualidade da droga apreendida. É necessário, portanto, se atentar para outros fatores, como o local e as condições em que se desenvolveu a conduta delituosa, as circunstâncias da prisão, a conduta e os antecedentes do agente, conforme prevê o artigo 42 da Lei 11.343/06⁵⁵.

Com efeito, quando o juiz fixar a pena privativa de liberdade, deverá considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância apreendida, a personalidade e a conduta social do agente, conforme prevê o artigo 42 da Lei, que dispõe sobre a fixação da pena-base para o crime de tráfico.

Ainda, o artigo 44 proíbe àqueles condenados pelos art. 33, *caput* e § 1º, e 34 e 37, de serem beneficiados por *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedando-se também a substituição de suas penas privativas de liberdade em restritivas de direito. Essa última disposição também foi inserida no § 4º do art. 33. Tais disposições sobre a pena restritiva de direito foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, por controle difuso de constitucionalidade, conforme se verá a seguir.

E, apesar de todas essas vedações, a Lei antidrogas não fez qualquer menção ao regime integral fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Dessa forma, há que se interpretar que pode ser fixado o regime semi-aberto ou aberto para o início da execução da pena (especialmente após a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo do regime integral fechado para crimes hediondos previsto no art. 2º § 1º da Lei 8.072/90).

2.2 Causa de Diminuição da Pena. O § 4º do Artigo 33.

A Nova Lei de Drogas, ao mesmo tempo em que aumentou o *quantum* mínimo da pena base aos crimes relacionados ao tráfico de drogas, trouxe como novidade, uma causa de diminuição que beneficiará agentes que possuam certas características pessoais e possuam um perfil criminológico de menor potencial ofensivo.

⁵⁵ GOMES. Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 182.

Essa nova figura, referida por muitos como tráfico privilegiado de drogas, se refere à aplicação de lei mais benéfica na execução penal, em face do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, que permite a diminuição da pena aos condenados primários, que possuam bons antecedentes, e que não se dediquem às atividades criminosas nem integrem organização criminosa, beneficiando, portanto, os traficantes de primeira viagem⁵⁶. Esse artigo beneficiará aqueles condenados pelo art. 33 *caput* e § 1º.

Tal inovação veio da necessidade percebida pelos aplicadores do Direito, em respeito aos princípios da proporcionalidade e da isonomia, em diferenciar o pequeno do grande traficante, situação essa, que na lei anterior, era resolvida aumentando-se a pena base do grande traficante, devido à quantidade de droga ou, em alguns casos mais especiais, como asseverou Jorge Vicente Silva⁵⁷, o juiz ao aplicar a pena ao traficante eventual optava por “*absolvê-lo, haja vista que, se proferisse decreto condenatório estaria aplicando sanção além da medida que entendia justa.*” Isso por que a reprimenda corporal era por demais severa e incompatível com o caso concreto.

Não se pode dizer que ocorreu o abrandamento da pena, mas sim a possibilidade de o juiz aplicar a sanção que entende suficiente para a repressão e a prevenção do crime, analisando a culpabilidade de cada um. O objetivo primordial dessa inovação legislativa foi o de proporcionar ao juiz um instrumento mais justo e racional, em termos de cominação e de individualização da pena.⁵⁸

Apesar de entendimentos contrários⁵⁹, a causa de diminuição deve ser encarada como direito subjetivo do réu, ou seja, preenchidos todos os requisitos previstos cumulativamente, é dever de o juiz aplicar a redução da pena, devendo prevalecer a sua discricionariedade apenas no que tange ao *quantum* da minoração⁶⁰.

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais anotadas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 331.

⁵⁷ SILVA, Jorge Vicente. *Comentários à Nova Lei Antidrogas Manual Prático*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 70.

⁵⁸ LEAL, João José. *Trafico de Drogas e Controle Penal: Nova Política Criminal e Aumento da Pena Mínima para o Crime de Tráfico Ilícito de Drogas*. Revista IOB de Direito Processual Penal nº 43 - Abril/Maio 2007, p. 47.

⁵⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: legislação penal especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 788.

⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006*. 2.

Passa-se, nesse momento, a fazer breve análise sobre cada condição existente para a concessão da benesse.

O primeiro requisito é a primariedade. Ser primário é não ser reincidente. A reincidência tem seu conceito estipulado no art. 63 do Código Penal, sendo que é aquele que comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior, observada a regra do art. 64 do Código Penal. Logo, qualquer situação que fuja da definição dada pelo Código Penal recairá na primariedade.

Quanto aos bons antecedentes, cabe ressaltar o entendimento majoritário jurisprudencial, que vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, onde a existência de inquéritos e processos em andamento não implica em maus antecedentes, em respeito ao princípio constitucional da presunção da inocência⁶¹. Nesse sentido, também se posiciona a doutrina⁶².

O terceiro requisito é a não dedicação à atividades criminosas. A Lei de drogas não define o que seja exatamente essa atividade criminosa, contudo, pode-se dizer⁶³, que atividade criminosa é viver por meio de ocupação ilícita, ou seja, comportamento com característica de permanência e prática reiterada da conduta ilícita. Ademais, é consenso que a lei refere-se a qualquer atividade criminosa, e não só aquelas relacionadas ao tráfico de drogas⁶⁴.

Há certa incoerência do legislador, ao exigir que o agente seja primário e de bons antecedentes e, ainda, que não se dedique a atividades criminosas. Por óbvio, se preenche os requisitos da não reincidência e de bons antecedentes, há de se presumir que o mesmo não se utiliza do tráfico como meio de “ganhar a vida”.⁶⁵

E, por último, cabe salientar que não há definição legal no ordenamento normativo pátrio quanto ao que deva ser considerada uma organização criminosa,

ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 197.

⁶¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* nº 118027/MS. Min. Rel. Laurita Vaz - Quinta Turma - DJe: 02.08.2010.

⁶² BIZZOTO, Alexandre. *Comentários Críticos a Lei de Drogas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 112.

⁶³ SILVA, Jorge Vicente. *Comentários à Nova Lei Antidrogas: Manual Prático*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 76.

⁶⁴ SILVA, Jorge Vicente. *Comentários à Nova Lei Antidrogas: Manual prático*. Curitiba: Juruá. 2006. p. 76.

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais anotadas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 331.

mas há autores, como Leonardo Schmitt de Bem⁶⁶ que entende que tal discussão está superada depois da adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro da Convenção Contra o Crime Organizado Transnacional ao definir em seu artigo 2º o número mínimo de integrantes, o qual caracteriza como organização criminosa, em síntese, aquele grupo formado por três ou mais pessoas, existente há algum tempo, atuando com o objetivo de cometer infrações graves para a obtenção de benefício econômico-moral.

Há ainda o entendimento que essa “integração” em organizações criminosas exija ser imprescindível que o agente exerça determinada função de importância dentro dessa organização, não possuindo apenas uma função isolada e descartável, mas sim a integre como se “sócio” fosse, com poder de decisão junto ao grupo⁶⁷. Ou seja, as chamadas “mulas” não são integrantes de organização criminosa, visto que a elas não cabe qualquer poder de decisão e autonomia dentro do grupo, sendo totalmente descartáveis.

Apesar disso, a prova de integrar ou não organização criminosa é de difícil constatação, eis que, conforme afirma Fernando Capez, ninguém carrega consigo uma “carteirinha” de membro integrante de dita facção⁶⁸.

Importante salientar que na pesquisa realizada pela UNB e pela UFRJ, que posteriormente será analisada, os pesquisadores verificaram que, pela subjetividade e pela falta de definição legal desses dois últimos requisitos, na maioria das vezes, não se aplica a minorante em tela, por causa da visão estereotipada sobre o sujeito condenado por tráfico de drogas, apesar de não haver qualquer comprovação da sua dedicação ou integração às atividades e organizações criminosas⁶⁹. Assim, verificou-se o uso corriqueiro de certos termos nas sentenças analisadas, como “fazer do crime o meio de vida”, sem que houvesse qualquer prova efetiva nos autos de tal alegação.

⁶⁶ DE BEM, Leonardo Schmitt. *A Causa Especial de Diminuição de Pena da Nova Lei de Drogas*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre, v. 8. Nº 44, p. 39-47, jun./jul. 2007.

⁶⁷ SILVA, Jorge Vicente. *Comentários à nova lei antidrogas. Manual prático: direito material e processual penal*. 3. ed. Curitiba: Juruá. 2008, p. 77.

⁶⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: legislação penal especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 788.

⁶⁹ BOITEUX, Luciana (Coordenadora). *Tráfico de drogas e Constituição. Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais*. Projeto Pensando o Direito. Rio de Janeiro/Brasília, 2009. <Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>.> Acesso em: 06 de julho de 2011, 10:40.

Com base em tais considerações e a breve análise dos requisitos para a concessão da benesse ora em análise, pode-se perceber certas características comuns aos indivíduos que possam vir a ser beneficiados com essa causa de diminuição.

Vejamos nesse sentido, as palavras do doutrinador Damásio de Jesus⁷⁰, *in verbis*:

Tentaremos cooperar neste sentido, levando em conta o caráter teleológico do instituto objetivado pelo legislador, qual seja, somente o marinheiro de primeira viagem no tráfico merece ser agraciado. Em outras palavras, a lei beneficia aquele jovem que, usuário ou dependente, não resiste a um comando do traficante para vender, e com isso obter o necessário em droga para o sustento de seu vício. Ainda, nesta condição, está a pessoa miserável ou em desespero de causa que, por uns tostões, cede ao convite do traficante profissional que tem o domínio do fato para mercadejar drogas.

Apesar de clara tentativa do legislador de tentar diferenciar o pequeno e o grande traficante, a doutrina e jurisprudência majoritária consideram a figura privilegiada como equiparada a crime hediondo⁷¹. Assim, a redução do *quantum* da pena não afetará a qualidade dela, de maneira que, mesmo condenado a uma pena de 1 ano e 8 meses, o cumprimento será em regime de pena de prisão, não podendo ser substituída por pena restritiva de direito (situação essa que foi abrandada pela jurisprudência, conforme se verá adiante).

Ressalta-se que, o legislador não fixou critérios exatos para a diminuição da pena, manifestando-se apenas sobre os limites de um sexto a dois terços de redução. Por esse motivo, o julgador deverá analisar os critérios do art. 59 do Código Penal e, especialmente, o art. 42 da Lei 11.343/06, que dispõe que deverá considerar-se com preponderância sobre artigo do referido do diploma penal, a natureza e a quantidade da substância ou produto, a personalidade e a conduta social do agente⁷².

Caberá, portanto, ao juiz dimensionar o *quantum* da redução, dentro do processo de individualização da pena, de forma fundamentada. É justamente esse poder do juiz, de individualizar a pena conforme o caso concreto, que irá propiciar

⁷⁰ JESUS, E. Damásio. *Código Penal Anotado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva: 2006, p. 137/138.

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais anotadas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 331.

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais anotadas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 331.

um tratamento adequado para cada tipo de traficante⁷³. Inegável, dessa forma, que aquele que não se encontra inserido no mundo criminoso, merecerá reprimenda menos grave.

Por último, cabe salientar que o Ministério Público deve provar, com provas concretas, o envolvimento e dedicação do agente ao crime, principalmente a traficância, sendo que, em caso de dúvida, o § 4º se resolverá sempre em benefício do réu⁷⁴.

Assim, apesar da dificuldade de se comprovar a dedicação e integração em atividades criminosas, essas devem ser suficientemente provadas para a exclusão do benefício. Sabe-se que não cabe ao réu a comprovação de fatos negativos, mas a quem alega.

Portanto atualmente não há ainda consenso jurídico quanto à aplicação dos requisitos supramencionados, cabendo dessa forma, tão somente, ao juiz, utilizando do seu bom senso e experiência, observados os princípios da isonomia e proporcionalidade, aplicar a pena adequada ao caso concreto, de modo que essa pena possa repreender o agente adequadamente.

Vislumbra-se, portanto, que a causa de diminuição em estudo é um importante instrumento de justiça e isonomia para diferenciar sujeitos tão distintos que praticam o mesmo crime. Contudo, apesar da diminuição da pena, perdeu a razão o legislador ao vedar expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, como se verá adiante.

2.3 O Caráter Hediondo do Delito.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XLIII, referente ao capítulo de direitos e garantias individuais, proclama que são crimes inafiançáveis e, portanto, insuscetíveis de graça ou anistia, os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, terrorismo e os delitos definidos como hediondos.

⁷³ MARCÃO, Renato. *Tóxicos: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006: nova lei de drogas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 194.

⁷⁴ MARCÃO, Renato. *Tóxicos: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006: nova lei de drogas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 194.

Nesse sentido, a Lei 8.072/90, em seu art. 2º dispõe que os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança.

Segundo Guilherme Nucci⁷⁵, a Lei de Crimes Hediondos teria nascido com o fim de “[...] elevar penas, impedir benefícios e impor maior aspereza no trato com essa espécie de delinquência”.

Dessa forma, a conduta do tráfico ilícito de drogas acabou por ser considerada assemelhada aos crimes hediondos, devendo ser alcançada por todas as legislações que regem esses delitos. No momento em que o traficante foi considerado agente de crime hediondo pela legislação, lhe foi negado uma série de benefícios da execução penal bem como, dificultou-se a concessão de livramento condicional e outras benesses.

Com a edição da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), houve ferrenhas críticas ao legislador, tendo em vista que, ao invés de definir as características de eventual conduta que poderia ser considerada hedionda na legislação brasileira, para evitar subjetivismos por parte do magistrado, o legislador preferiu especificar expressamente nesta Lei, quais os comportamentos delitivos específicos que deveriam ser enquadrados como tais. Comportamentos esses já descritos no Código Penal ou em leis esparsas.

Seguindo contra essa linha de raciocínio, João José Leal se mostra totalmente contrário à solução encontrada pelo legislador ordinário para definição de crimes hediondos. Expõe seu posicionamento da seguinte maneira:

Ao classificar certas condutas como crimes hediondos, partiu o legislador de pressuposto de que, seja quem for o autor, com sua personalidade e sua conduta social antecedente; sejam quais forem os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime; seja, ainda, qual tenha sido o comportamento da vítima, tais crimes merecerão sempre uma resposta punitiva acentuadamente mais grave e mais severa do que a prevista para as demais infrações penais. [...] Na verdade, este conceito meramente formal é inaceitável, porque parte de uma premissa cientificamente falsa, ao presumir que as condutas assim rotuladas legalmente carregam necessariamente em suas entranhas o caráter de hediondez indiscutível.⁷⁶

Verifica-se que o legislador possibilitou o surgimento de situações injustas,

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais anotadas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 600.

⁷⁶ LEAL, João José. *Crimes Hediondos: Aspectos Político-jurídico da Lei 8.072/90*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 23.

quando o réu mesmo cometendo delito considerado hediondo pela Lei ordinária, pelas circunstâncias que o crime fora cometido, não deveria ser rotulado com tamanha rigidez. E, reconhecendo esse fato, ou seja, que algumas condutas enumeradas nos artigos da Lei 8.072/90 não merecem tanta reprovação é oportuno salientar que cada caso deve ser analisado isoladamente, por respeito, inclusive, ao princípio da individualização da pena.

Tema interessante e relevante para o presente trabalho, sobre a Lei de Crimes Hediondos, é a imposição do regime de cumprimento da pena integralmente fechado, com a conseqüente vedação da progressão de regime, prevista no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90. Tal disposição produziu a maior taxa de encarceramento da história do país⁷⁷.

Com a edição da Lei dos Crimes de Tortura (crime também equiparado a hediondo), a Lei 9.455/97 mencionou que os agentes condenados pela prática do crime de tortura iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado. Assim, apesar da divergência entre ambas as Leis, e por disporem sobre o mesmo assunto, a doutrina caminhou no sentido de privilegiar a Lei de Tortura, vez que posterior e mais benéfica ao réu⁷⁸.

Algum tempo após a referida edição, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no HC 82.959-SP, julgou por maioria dos votos, pela inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, em respeito ao princípio da individualização da pena, da humanidade e da igualdade.

Tal decisão mereceu aplausos da doutrina majoritária⁷⁹, vez que se entendeu que o legislador ordinário limitou direitos e garantias fundamentais dos réus não elencados na norma constitucional, havendo um excesso de regulamentação pela Lei 8.072/90.

Em atenção à decisão da Suprema Corte, foi editada a Lei 11.464/07, que modificou o art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, estabelecendo, em seu art. 2º § 2º, a possibilidade da progressão de regime, devendo somente iniciar a pena em regime

⁷⁷ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 253.

⁷⁸ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 253.

⁷⁹ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 256.

fechado. Contudo, estabeleceu um prazo superior ao fixado pelo Código Penal, ou seja, de cumprimento da pena de 2/5 (dois quintos) para agentes primários e 3/5 (três quintos) para reincidentes.

Por fim, é interessante destacar a posição de alguns doutrinadores⁸⁰, de que a causa de diminuição prevista no § 4º art. 33 da Lei 11.343/06 é caso de tráfico privilegiado de drogas e, sendo assim, deve ser afastada sua natureza hedionda tendo, conseqüentemente, seus agentes direito aos benefícios da anistia, graça e indulto, além da progressão de regime se dar após o cumprimento de 1/6 da pena, o livramento após 1/3 ou 1/2 se reincidente e, poderia iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto ou aberto.

Contudo, para outros doutrinadores⁸¹, essa benesse seria tão somente uma causa de diminuição da pena, não interferindo na tipificação do tráfico privilegiado de drogas como crime hediondo, tendo, portanto, os seus condenados, tratamento mais rigoroso em comparação às infrações comuns, quais sejam, requisitos mais severos para concessão de livramento condicional e progressão de regime, além de não ter direito a anistia, graça ou indulto. Infelizmente, esse último posicionamento é o que tem prevalecido na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Porém, grande avanço já foi realizado em decisão no HC nº 97.256 julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que será analisado no terceiro capítulo desse trabalho, aonde foi deferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em respeito ao princípio da individualização da pena, similarmente ao entendimento adotado no HC 82.959-SP, que julgou por maioria dos votos, pela inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos. De fato, ao considerar um crime delito hediondo, há somente a vedação de anistia, graça e indulto, não se referindo às penas restritivas de direito⁸².

2.4 Realidade do Tráfico de Drogas no Brasil.

⁸⁰ FRANCO, José Henrique Kaster. *Tráfico privilegiado: a hediondez das mulas*. Jus Navigandi. Teresina, 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12234>>. Acesso em: 6 nov. de 2010.

⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Lei Penais e Processuais Penais Comentadas*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 330.

⁸² FRAZOL, Sandro Marcelo Paris. *A Inconstitucional Vedação da Substituição da Pena a traficante na Nova Lei de Tóxicos*. Revista de Direito Processual Penal nº 40 - Out/Nov/2006, p. 23.

O estereótipo do atual traficante no Brasil foi constatado por pesquisa inédita no Brasil, encomendada pelo Ministério da Justiça, à Universidade Federal do Rio de Janeiro e à Universidade de Brasília, por meio do Projeto Pensando o Direito, no ano de 2009⁸³.

A pesquisa revelou que a maior parte dos presos por tráfico no Brasil são primários, com bons antecedentes e não agem em comunhão de vontade com outros indivíduos (organização criminosa), além de serem pegos com pouca quantidade de drogas. Prevalece então a figura do traficante ocasional. Comprovou-se ainda que, o sistema penal não consegue capturar a figura do grande traficante, selecionando os indivíduos que estão na hierarquia inferior do sistema de drogas.

Antes de adentrar mais nos dados da pesquisa, cabe salientar o posicionamento de alguns doutrinadores sobre a realidade social no Brasil no que tange ao tráfico de drogas.

Vera Malaguti Batista traz constatações sobre a relação existente entre a pobreza e o estado de necessidade e muitos dos indivíduos envolvidos com o tráfico de drogas. A autora verifica que a criminalidade no Rio de Janeiro recai principalmente sobre a juventude pobre das favelas, que vêem no tráfico ilícito de drogas a única possibilidade de se “dar bem na vida”. Nesse sentido, as palavras da obra da autora:

Terminado o período mais duro do autoritarismo, a criminalização volta a recair principalmente na juventude pobre que vive as consequências dramáticas do aprofundamento de um padrão recessivo da economia com aumento da inflação e do desemprego.⁸⁴

Na obra da autora citada, ficou constatado que a maioria das pessoas que são presas e condenadas por tráfico de drogas, atualmente, são jovens negros e pobres, ao invés dos grandes profissionais do tráfico de drogas, os quais, realmente merecem o tratamento penal severo. Concluiu que a legislação penal deve ter como objetivo a reinserção social do indivíduo que ainda não se integrou totalmente ao crime organizado, o integrando novamente na sociedade.

⁸³ BOITEUX, Luciana (Coordenadora). *Tráfico de drogas e Constituição. Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais*. Projeto Pensando o Direito. Rio de Janeiro/Brasília, 2009. <Disponível em: <http://portal.mj.gov.br.>> Acesso em: 06 de novembro de 2010, 10:40.

⁸⁴ BATISTA, Vera Malaguti. *Dífceis Ganhos Fáceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 94.

Por sua vez, em sua obra “Acionistas do Nada”, o delegado da Polícia Civil Orlando Zaccone, chegou a mesma conclusão sobre a seletividade do sistema penal, quando aduziu que a maioria das pessoas presas por tráfico de drogas no Rio de Janeiro são “[...] homens e mulheres extremamente pobres, com baixa escolaridade e, na grande maioria dos casos, detidos com drogas sem portar nenhuma arma”,⁸⁵ o que confirma que os grandes e importantes traficantes não são atingidos pela atividade policial e judiciária estatal.

Referindo-se novamente à pesquisa primeiramente citada, segundo a análise das sentenças judiciais emanadas pelos órgãos do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, se evidenciou que a repressão penal recai quase que totalmente sobre os elos mais frágeis do sistema de tráfico ilícito de entorpecentes, que recebem penas desproporcionais e, por ser considerado agente de crime hediondo, deve responder por sua pena quase que integralmente no regime fechado.

Em menos de 20% dos casos, verificou-se o concurso material entre o crime de tráfico e a associação para o tráfico (organização criminosa). Nas Varas Federais do RJ e do DF, mais de 60% dos presos são traficantes de forma individual.

Em pesquisa ao sítio eletrônico do Ministério da Justiça, em levantamento feito em junho de 2008, os pesquisadores constataram que o sistema carcerário brasileiro alcançava o número de 422.590 presos. Somente pelo delito de tráfico de drogas, o número era de 69.049, ficando atrás apenas dos delitos de cunho patrimonial.

Em pesquisa mais recente, a partir do Sistema INFOPEN do Ministério da Justiça⁸⁶, referente ao mês de dezembro de 2010, o número de indivíduos encarcerados no Brasil já chegava a 496.251 e, no que se refere ao tráfico de drogas, o número também aumentou para 100.648. Ou seja, em menos de três anos, o número de pessoas presas por tráfico de entorpecentes sofreu um aumento considerável.

Ainda, os referidos pesquisadores constaram que nos processos analisados que subiram ao Superior Tribunal de Justiça, 67% dos réus eram primários e de

⁸⁵ ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada*: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 11-12.

⁸⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>> Acessado em: 30 de maio de 2011.

bons antecedentes e apenas 0,97% eram reincidentes. E, nas varas Federais do Rio de Janeiro, 80% dos réus eram primários.

E no que tange as penas aplicadas, 90,6% são privativas de liberdade, sem a possibilidade de substituição por restritivas de direito. Em nenhum dos casos analisados pela pesquisa, seja no Rio de Janeiro seja no Distrito Federal, houve notícia da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, em observância às vedações contidas nos artigos 44 e § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06.

Por todos os dados coletados pelos pesquisadores, vislumbra-se a desmistificação da figura do senso comum do traficante, ou seja, aquela em que é integrante de organização criminosa e um ser potencialmente perigoso para a sociedade.

A conclusão dos pesquisadores é que o ordenamento jurídico brasileiro não está condizente com a realidade do comércio ilícito de entorpecentes, isso por que, as penas aplicadas são desproporcionais e não há diferenciação entre as diversas categorias de comerciantes de drogas, o que implica em violação dos direitos humanos. Entre as alternativas sugeridas para sanar esses problemas, está a redução de aplicação da pena privativa de liberdade, principalmente para os traficantes ocasionais.

A pretensão não é abolir por completo a pena, mas sim traçar diretrizes que possam limitar e regulamentar o alcance do poder punitivo do Estado, evitando-se a constante ameaça da privação da liberdade contra o indivíduo, principalmente quando essa é desarrazoada em relação aos fatos que pretendam ser punidos.

A pena de prisão deve se restringir aos casos em que há maior desvalor social na ação ou sobre aqueles indivíduos que denotam maior periculosidade ou ainda, naquelas hipóteses em que há a verdadeira necessidade do cárcere, não havendo outra pena alternativa, ou nos dizeres de Fernando Capez:

Quer dizer que a sua intervenção (Direito Penal) no círculo jurídico dos cidadãos só tem sentido se se fizer como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico.⁸⁷

⁸⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 05.

Ao vedar a pena alternativa a um agente primário, de bons antecedentes e que praticou o delito de forma ocasional, seu tempo no cárcere aumentará inutilmente, acarretando sérios prejuízos às suas chances de ressocialização. Conforme demonstrado, infelizmente, é o que vem ocorrendo no sistema carcerário brasileiro.

Grande parte da população presidiária são as chamadas “mulas”, totalmente descartáveis para as grandes organizações criminosas. Paradoxalmente, nota-se que o mercado ilícito de drogas não diminui a demanda e, portanto os seus lucros só aumentam, o que demonstra que os grandes e verdadeiros traficantes continuam soltos e impunes.

Concluiu-se na pesquisa em referência, portanto, que é necessária a substituição do sistema penal atual, que é repressivo e desproporcional, no que tange ao controle do tráfico de entorpecentes, por ser totalmente ineficiente, por outro modelo condizente com a realidade social brasileira, visando punir devidamente aqueles que realmente mereçam resposta penal agravada.

3 AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO NO TRÁFICO DE DROGAS

3.1 A Função da Pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Com a reforma do Código Penal de 1984, de forma expressa na legislação, a pena no Brasil passou a apresentar natureza mista, adotando fins preventivos e retributivos. Os fins da pena, no ordenamento jurídico pátrio, encontram-se previstos no art. 59 do Código Penal e no art. 1º da Lei de execuções Penais, senão vejamos:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, a conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...)

Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Portanto, mostra-se compatível com o ordenamento jurídico brasileiro a fórmula tripartida, ou seja, em cada momento distinto da aplicação e da execução penal, a pena deverá observar determinada finalidade⁸⁸:

A primeira fase é o instante legislativo, da determinação abstrata, impessoal e genérica da pena, através da norma, e tem a finalidade preventiva geral, ou seja, de intimidação e ameaça, dirigida para toda a sociedade⁸⁹. Nessa primeira fase, a pena somente deverá ser cominada em casos de extrema necessidade, pois “[...] assegurar-se-á melhor a paz social quanto menor for o número daqueles que, embora não se comportando de maneira irrepreensível, não sejam submetidos à pena.”⁹⁰

Na segunda fase desse processo predomina a retribuição, ou seja, é o momento da aplicação judicial da pena ao caso concreto. Assim, terá a compensação do mal causado pelo cometimento do delito, porém fundada e limitada pela culpabilidade, vez que a pena sem culpa pode ser considerada uma das

⁸⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Função da Pena no Direito Penal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/> Acesso em: 10 de mai. 2011.

⁸⁹ COSTA JÚNIOR. Paulo José. *Curso de Direito Penal*. 8. ed. São Paulo: DPJ, 2005, p. 136.

⁹⁰ COSTA JÚNIOR. Paulo José. *Curso de Direito Penal*. 8. ed. São Paulo: DPJ, 2005, p. 138.

maiores violências morais cometidas contra um indivíduo⁹¹. Ressalta-se, contudo, a possibilidade de infligir uma pena mais branda do que aquela prevista na legislação e correspondente à culpabilidade ou até mesmo deixar de aplicá-la.⁹²

Um exemplo claro dessa última hipótese consta no disposto pelos artigos 121 § 5º e 129 § 8º do Código Penal, quando facultam o perdão judicial nas hipóteses culposas de homicídio e lesão corporal, pois, pode ocorrer de o dano que se abateu sobre o autor do crime ser tão grave, de maneira a não permitir mais a sanção penal contra aquele que já está sofrendo moralmente⁹³.

Assim, verifica-se que na cominação da pena ou na sua efetiva aplicação a um caso concreto, o Código Penal dispõe sobre a necessidade de ajuste da pena à proporção e gravidade do delito cometido, ao determinar, por exemplo, no art. 59, que o juiz deve levar em conta a culpabilidade, os motivos e as circunstâncias do crime. E, no final do mesmo artigo, dispõe que a pena deve ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. A retribuição, portanto, é prevista expressamente no Código Penal Brasileiro, devendo o legislador considerá-la ao cominar as sanções penais.⁹⁴

Por fim, na última fase prepondera a finalidade da prevenção especial, ou seja, a ressocialização do réu como fim precípua da execução na pena, pois, o interesse, ao menos o declarado pelo direito penal, é de que o autor do delito, após o período do cárcere, se torne um indivíduo “curado” e capaz de obedecer as leis, provendo seu próprio sustento⁹⁵.

É explícita a função preventiva especial do tratamento penal dado pelo legislador brasileiro, nos artigos supramencionados. Além disso, os benefícios da progressão do regime penitenciário, a remissão da pena pelo trabalho, o livramento condicional, dentre outros, também visam o fim de reintegrar e ressocializar o condenado.⁹⁶

⁹¹ ARIEL DOTTI, René. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 207.

⁹² COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Curso de Direito Penal*. 8. ed. São Paulo: DPJ, 2005, p. 138.

⁹³ ARIEL DOTTI, René, *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 214

⁹⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 84.

⁹⁵ COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Curso de Direito Penal*. 8. ed. São Paulo: DPJ, 2005, p. 139.

⁹⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 85.

Há ainda alguns doutrinadores⁹⁷, que reconhecem manifestações óbvias de um direito penal simbólico no atual ordenamento jurídico. Como exemplo, cita-se o tráfico de drogas, que a atual Lei 11.343/06 majorou de forma desmedida a pena cominada. Tal rigor penal é típico das concepções preventivo-gerais. Na verdade, pune-se aquilo que é moralmente “errado” (por exemplo, o aborto), mesmo sendo de absoluta clareza a ineficácia do tratamento penal em ambos os casos.⁹⁸

Assim, no sistema brasileiro, o que se vislumbra é um aumento exacerbado de tipificação de novos delitos, sempre visando tutelar as mais diferentes condutas e a imputação de penas desproporcionais e injustas. Por outro lado, esse modelo de punição repressiva não se mostrou eficiente do ponto de vista da redução da criminalidade e da ressocialização dos réus, ou seja, seus resultados contradizem com os fins proclamados por essa política punitiva.

3.2 Princípios Penais aplicáveis

No presente tópico, trataremos brevemente sobre alguns princípios penais que podem ser contextualizados com o tema deste trabalho monográfico, qual seja, a aplicação das penas restritivas de direito no tráfico de drogas, tendo como ponto inicial os ideais de um direito penal mínimo e garantista.

3.2.1 Princípio da Individualização da Pena

O princípio da individualização da pena encontra lastro no art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal e consiste basicamente em mensurar a pena de acordo com cada caso em concreto.

Segundo os dizeres de Nelson Hungria, por individualização da pena deve-se entender como um processo para “[...] retribuir o mal concreto do crime, com o

⁹⁷ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 85.

⁹⁸ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 86.

mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso⁹⁹.

O objetivo da individualização no direito penal é justamente a fixação da pena mais justa possível, evitando-se, portanto, a uniformização e padronização de todos os indivíduos da sociedade. Apesar de se admitir a igualdade perante a lei, é imprescindível admitir que todos devem manter a sua individualidade. Dessa forma, a pena deve ser sempre individualizada e nunca padronizada¹⁰⁰.

No que se refere às fases que a individualização da pena pode se operar visualiza-se dois momentos distintos, quais sejam, a legislativa e a judicial. A primeira é a fase em que se comina abstratamente a pena, o seu mínimo e o seu máximo. A segunda fase é construída pelo magistrado, onde se transforma a pena abstrata em pena concreta, de forma justa, e dirigida a um condenado específico¹⁰¹.

É certo que esse processo de individualização judiciária da pena enseja ao Juiz uma grande discricionariedade, contudo, essa deve ser juridicamente vinculada aos parâmetros que a lei estabelecer¹⁰². Assim, dentro desses limites, e atentando às singularidades e a personalidade do agente, cabe ao julgador fazer as suas opções, ajustando à norma penal ao caso concreto, visando aplicar a pena mais justa possível.

Há ainda, uma terceira fase de individualização da pena, citada por alguns doutrinadores¹⁰³, qual seja, a executória. Nessa fase, a individualização da pena se opera por meio de critérios jurídico-administrativos, sendo o juiz auxiliado pelos funcionários da penitenciária¹⁰⁴.

Ferrajoli demonstra repugnância a esse critério “jurídico administrativo”, vez que a pena, uma vez imputada e determinada pelo juiz, no momento da sentença condenatória, poderá ser redimensionada pelos entes competentes, normalmente, os diretores e empregados terceirizados dos presídios, levando em conta, tão

⁹⁹ Apud LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 52.

¹⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Os Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 159.

¹⁰¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Os Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 160.

¹⁰² LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 54.

¹⁰³ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 55.

¹⁰⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 164.

somente, o comportamento do réu na prisão. Ora, a dimensão do poder conferido a essas entidades é imensa, uma vez que podem remodelar a pena proferida pelo magistrado e, ainda, tem em suas mãos a liberdade pessoal do réu¹⁰⁵.

É essencial ressaltar que a fixação de sanções penais não é tão somente a escolha do *quantum* mínimo e máximo à um delito em especial, tal atividade legislativa ou judiciária engloba também a escolha do regime de cumprimento da pena (fechado, semi-aberto e aberto), além da possibilidade de se permitir certos benefícios legais, como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Por isso, não deve o legislador elaborar normas legais, com parâmetros fixos e padronizados, em relação ao montante da pena, regime de cumprimento e os benefícios possíveis, vez que cada condenado deve passar por seu próprio processo de individualização da pena e receber a justa punição pelo crime praticado¹⁰⁶.

Portanto, a pena deve ser sempre determinada, explícita e precisa, mas nunca deverá ser fixa em seu *quantum*, pois tal fato afrontaria o princípio da individualização da pena.

3.2.2 Princípio da Proporcionalidade

Além das penas necessitarem serem devidamente individualizadas, devem também ser proporcionalmente aplicadas, considerando-se a gravidade da infração penal cometida. A proporcionalidade, por isso mesmo, “[...] indica a harmonia e a boa regulação de um sistema, abrangendo, em Direito Penal, particularmente, o campo das penas.”¹⁰⁷

A pena deve ser proporcional à culpabilidade do agente, ou seja, por retribuir ao condenado o mal causado pelo crime, ela deve guardar estrita relação de

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 373.

¹⁰⁶ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. JUNIOR, Alceu Correa. *Pena e Constituição: Aspectos Relevantes para a sua Aplicação e Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 31.

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Os Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 210.

proporcionalidade entre o mal do ilícito e o mal devido ao condenado¹⁰⁸, limitando o poder punitivo do Estado.

Não faria o menor sentido, baseando-se nos princípios de intervenção mínima do direito penal, prever penas exageradas para determinados delitos considerados de menor importância ou cominar sanções penais mínimas para delitos de maior gravidade¹⁰⁹.

Cabe ressaltar, que a doutrina ainda subdivide o princípio da proporcionalidade em três subprincípios, quais sejam, adequação ou idoneidade, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito¹¹⁰.

Pelo princípio da adequação ou idoneidade, a pena somente será proporcional e razoável quando for apta, em dada situação, a atingir os objetivos de interesse público para o qual foi proposta¹¹¹. Assim, se a pena foi aplicada com o objetivo de ressocializar o indivíduo e se, a mesma não for capaz de fazê-lo ou ainda, causar maior prejuízo ao réu, a sanção não se mostra proporcional. Nesse sentido, cita-se a pena privativa de liberdade, que apesar de ser a mais utilizada atualmente, é a que menos tem satisfeito os anseios de um Direito Penal Democrático¹¹².

Pelo princípio da necessidade, a pena deve ser indispensável para o fim proposto e, da mesma forma, deve ser a única alternativa existente para atingir tal fim e a menos gravosa, dentre todas as possíveis¹¹³.

Portanto, a lei não deve estabelecer mais do que penas estritamente necessárias para o condenado. E, mesmo que necessária, a pena não deve ser cruel e desumana. Ferrajoli aduz que toda a pena qualitativamente e quantitativamente maior do que a suficiente para reprimir o condenado viola o

¹⁰⁸ ARIEL DOTTI, René. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 212.

¹⁰⁹ NUCCI, Guilherme de Souza, *Individualização da Pena*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 42.

¹¹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p. 140.

¹¹¹ FROTA, Hidemberg Alves Da. *Necessidade concreta da pena e princípio da proporcionalidade*. Brasília: Revista CEJ, v.11 n° 41 abr./jun. 2008, p. 25.

¹¹² SCHECAIRA. Sérgio Salomão. JUNIOR. Alceu Correa. *Pena e Constituição: Aspectos Relevantes para a sua Aplicação e Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 48.

¹¹³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p. 140.

princípio da dignidade da pessoa humana.¹¹⁴

A proporcionalidade em sentido estrito é o verdadeiro liame que deve existir entre o delito praticado e a pena aplicada, devendo ser proibida qualquer punição exacerbada.¹¹⁵ Nesse sentido, significa que o objetivo da proporcionalidade *strictu sensu* é fazer uma ponderação entre os danos causados e o benefício trazido, para constatar se é justificável a intervenção estatal na esfera dos direitos de um indivíduo em particular¹¹⁶.

Cabe ainda salientar que, o pressuposto da intervenção mínima do direito penal também é transgredido quando se utilizam penas tão mais graves que aquelas adequadas para a devida retribuição do delito¹¹⁷.

Dessa forma, o juiz deverá analisar se a aplicação da pena no caso concreto trará mais benefício à sociedade do que malefícios ao condenado, principalmente se a esse for aplicada uma pena privativa de liberdade, nesse último caso, devendo considerar todos os aspectos: danos ao seu corpo físico, mental, psíquico, além dos custos estatais e privados com a manutenção do condenado no cárcere e seu posterior retorno ao seio da sociedade.

3.2.3 Princípio da Humanidade

A reivindicação da humanização das penas tem sido uma constante na evolução do Direito Penal. Primeiramente, das penas de mortes e corporais às penas privativas de liberdade e, atualmente, dessas para as penas alternativas.¹¹⁸ Isso se explica, talvez, por que a pena, por ser uma instituição social, reflete o período cultural e moral de uma sociedade e, ainda, o regime político a que está submetida¹¹⁹.

¹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 364.

¹¹⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p. 141.

¹¹⁶ FROTA, Hidemberg Alves Da. *Necessidade concreta da pena e princípio da proporcionalidade*. Brasília: Revista CEJ, v.11 n° 41 abr./jun. 2008, p. 25.

¹¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito Penal e Controle Social*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 38.

¹¹⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p. 142.

¹¹⁹ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. JUNIOR. Alceu Correa. *Pena e Constituição. Aspectos Relevantes*

Por esse princípio, há de se entender que a aplicação das leis penais deve se basear pela benevolência e humanidade, buscando, primordialmente, o bem estar de todos na comunidade e, ainda, dos atingidos pela sanção penal, já que, os últimos não merecem ser excluídos da sociedade somente porque delinqüiram ainda mais se levando em consideração o fim preventivo da pena, qual seja, a ressocialização¹²⁰.

Em um Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana deve ser um dos seus fundamentos e, dessa forma, o cidadão atingido pela norma penal deve continuar mantendo todos os seus direitos que não foram lesados pela pena privativa de liberdade. Daí, por se falar, que a pena é privativa de liberdade e não de dignidade¹²¹.

No que tange às penas privativas de liberdade, Beccaria acreditava ser contraditório falar de ressocialização dos condenados quando não há controle e limite do poder punitivo estatal e, ainda, uma constante tentativa de humanizar a justiça e as penas¹²².

No que se refere ao princípio da humanidade no texto constitucional pátrio, o art. 5º, inciso XLIX assegura “o respeito a integridade física e moral” dos presidiários e, ainda, afere que não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (art. 5º, inciso XLVII).

Por sua vez, Lei de Execuções Penais, no art. 3º, *caput* e parágrafo único, preconiza que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”. E, também que “não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.”

A Declaração dos Direitos do Homem, em seu art. 5º, apregoa que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante.” No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre direitos humanos, no inciso II do art. 5º espousa que “ninguém será submetido a tortura nem a penas ou

para a sua Aplicação e Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 37.

¹²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza, *Individualização da Pena*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 44

¹²¹ SCHECAIRA. Sérgio Salomão. JUNIOR. Alceu Correa. *Pena e Constituição. Aspectos Relevantes para a sua Aplicação e Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 31.

¹²² Cesare Beccaria, *De Los delitos y de las penas*, p. 82 *Apud* BITENCOURT. Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 38.

tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda a pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido a dignidade inerente ao ser humano.”

Observa-se que, no Brasil, o princípio da humanidade das penas é constantemente violado, principalmente na fase da execução da sanção penal. Nesse sentido, Guilherme Nucci¹²³:

[...] não é segredo serem as condições carcerárias no Brasil, em grande parte, deixadas ao abandono, gerando estabelecimentos infectos e lotados, sem qualquer salubridade, o que, na prática, não deixa de se configurar em autêntica crueldade. Cabe, pois, ao juiz da execução penal zelar para se fazer o cumprimento da pena de modo humanizado, podando os excessos causados pelas indevidas medidas tomadas por ocupantes de cargos do Poder Executivo, cuja atribuição é a construção e administração dos presídios.

Conclui o referido doutrinador que enquanto as penas privativas de liberdade forem indispensáveis para punir certa categoria de criminosos, ou seja, aqueles de periculosidade máxima, deve-se buscar, pelo menos, garantir condições mínimas e dignas de sobrevivência no cárcere, aonde possa se manter o *status* de pessoa humana¹²⁴.

Portanto, nota-se que, é justamente na dignidade da pessoa humana que se consolida o fundamento principal do princípio da humanidade das penas. O homem deve ser a medida primeira e última de todas as coisas, motivo pelo qual se deve ter em mente que na categoria dos direitos humanos o Direito Penal é o mais relevante¹²⁵.

3.2.4 Princípio da Isonomia ou da Igualdade.

O princípio da igualdade ou da isonomia está expressamente contemplado na Constituição Federal, em seu artigo 5º *caput*: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à

¹²³ NUCCI, Guilherme de Souza, *Individualização da Pena*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 45.

¹²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza, *Individualização da Pena*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 45.

¹²⁵ ARIEL DOTTI, René. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 151.

segurança e à propriedade [...]".

Ora, é sabido que todos os seres humanos são naturalmente desiguais, devendo o Direito tratá-los de forma igualitária, com normas que possam garantir que todos recebam o que merecem, contudo, quando necessário, tratar desigualmente os desiguais. Essa última fórmula se aproxima mais do ideal de isonomia material e não somente formal. Guilherme Nucci oferece a definição do princípio da isonomia, *in verbis*:

A igualdade perante a lei, portanto, é um princípio que se volta ao legislador e ao aplicador do Direito, determinando ao primeiro a construção de um sistema de normas viáveis de modo a garantir, no momento da aplicação, que as diferenças naturais entre os destinatários dessas normas sejam respeitadas, viabilizando a concretização da isonomia¹²⁶.

É responsabilidade do juiz minorar as desigualdades sociais quando for aplicar a lei penal, intentando menor rigorismo a condutas de indivíduos economicamente desfavorecidos, em um crime de cunho patrimonial, por exemplo, contudo, sendo mais rígido quando observar a mesma conduta cometida por pessoas financeiramente privilegiadas¹²⁷.

3.3 A Crise da Pena de Prisão e a Busca de Medidas Alternativas ao Cárcere.

Na antiguidade, não se conhecia o encarceramento como forma de sanção penal. A privação de liberdade era utilizada com outros fins, qual seja, a guarda do acusado até o momento em que ele iria ser julgado ou executado. Assim, a detenção era uma espécie de antecipação da extinção física do condenado. Durante esse período histórico, portanto, as sanções utilizadas eram as penas de morte, as penas corporais (mutilações e açoites) e as infamantes.¹²⁸

Durante os séculos XV, XVI e XVII, percebeu-se que a pena de morte e as corporais não atendiam mais aos anseios de justiça, observando-se a necessidade de procurar outras formas de respostas penais. Ora, não era mais possível

¹²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 40.

¹²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 41.

¹²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 05.

responder a todo delito com uma pena capital ou corporal, já que grande parte da população agora se dedicava à atividade criminosa.¹²⁹ Ademais, a pena de morte não havia conseguido conter o aumento dos delitos e, por outro lado, garantir a segurança das classes dominantes.

A dúvida quanto à eficácia da pena de morte deu origem a uma nova forma de sanção penal, qual seja, a pena privativa de liberdade, que à época, se mostrava um método mais humano e mais eficaz de controle social¹³⁰.

Contudo, a pena de prisão, tão cultuada no século XIX e fundamentada na crença de que seria a melhor forma de ressocializar o indivíduo, deixou de ser prestigiada no final deste mesmo século, ao se perceber que o cárcere não reeduca o indivíduo, mas, pelo contrário, o embrutece.

O ideal ressocializador da pena privativa de liberdade tem sido duramente criticado, pois confere às penas carcerárias um caráter benéfico, presumindo que essas irão recuperar moralmente o condenado, protegendo toda a sociedade desse ser imoral que precisa redimir-se¹³¹.

É consentida, por toda a doutrina penal, a ideia de que a pena carcerária, já há muito tempo, não pode ser considerada um instrumento de ressocialização do réu. Nesse sentido, Ferrajoli aduz:

Uma rica literatura, confortada por uma secular e dolorosa experiência, demonstrou, com efeito, que não existem penas corretivas ou que tenham caráter terapêutico, e que o cárcere, em particular, é um lugar criminógeno de educação e solicitação ao crime. Repressão e educação são, em resumo, incompatíveis, como também o são a privação da liberdade e a liberdade em si, que da educação constitui a essência e o pressuposto, razão pela qual a única coisa que se pode pretender do cárcere é que seja o mínimo possível repressivo e, portanto, o menos possível dessocializante e deseducativo.¹³²

Portanto, é um verdadeiro paradoxo pretender reeducar ou ressocializar uma pessoa para a liberdade em condições de não liberdade¹³³, pois as prisões, na

¹²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 28.

¹³⁰ ARIEL DOTTI, René. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 37.

¹³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 254.

¹³² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 253.

¹³³ MUÑOZ CONDE, Francisco. La resocialización, CPC, N° 7, 1979, P. 138 Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

prática, são encaradas como verdadeiras escolas do crime, “[...] que não ressocializam, mas dessocializam, que não civilizam, antes embrutecem, que não moralizam, e sim corrompem.”¹³⁴

Diante da notória falência da pena de prisão, iniciou na Europa a busca por meios alternativos à pena privativa de liberdade, materializada na Rússia, já no ano de 1926, com a previsão da pena de prestação de serviços à comunidade. Assim, durante todo o século XX, incontáveis nações passaram a buscar meios alternativos para punir os réus, pois já era firme a convicção sobre a ineficácia da pena de prisão com os fins de ressocializar os condenados¹³⁵.

No Brasil, por outro lado, o Código Penal de 1940, com influência do Código Penal Italiano de 1930 de ideais nitidamente fascistas, afastou-se da idéia das medidas alternativas e manteve as penas pecuniárias e privativas de liberdade como as únicas formas de sanções existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Foi somente em 1984 que foram incorporadas as alternativas à pena privativa de liberdade, no artigo 44 do Código Penal¹³⁶.

A partir desse momento que o Brasil começou a se posicionar conjuntamente com alguns dos princípios constitucionais, como o da individualização da pena, da isonomia e o da dignidade da pessoa humana, pois passava a permitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, mais humana e de maior eficácia que a pena de prisão¹³⁷.

Com efeito, a Lei 9.714/1998, alterando o artigo 44 do Código Penal, prescreveu novos requisitos para a substituição da pena de carcerária por restritiva de direitos, a dizer:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa

¹³⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 63.

¹³⁵ PARIS FRANZOI, Sandro Marcelo. *A Inconstitucional Vedação da Substituição da Pena a Traficante da Nova Lei de Drogas*. Revista de Direito Processual Penal nº 40. Out/Nov/2006, p. 23.

¹³⁶ BITENCOURT. Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 35.

¹³⁷ PARIS FRANZOI, Sandro Marcelo. *A Inconstitucional Vedação da Substituição da Pena a Traficante da Nova Lei de Drogas*. Revista de Direito Processual Penal nº 40. Out/Nov/2006, p. 24.

substituição seja suficiente.

Contudo, apesar da previsão das penas alternativas, como se sabe, na realidade brasileira, há o excesso de aplicação da pena privativa de liberdade, inclusive antes da condenação definitiva (prisão preventiva). Ademais, observa-se a ineficácia da mesma, vez que não satisfaz mais nenhuma das duas razões que justificam a sanção penal: a preventiva dos delitos, pois como é sabido, atualmente a prisão funciona mais como escola de delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada¹³⁸; e prevenção da vingança privada, vez que, principalmente nos crimes de grande clamor social, a mídia vem condenando os réus antes mesmo da condenação judicial, o que pode acarretar mais aflição e sofrimento do que o próprio cumprimento da pena.

Assim, apesar da pena privativa de liberdade ter sido uma importante alternativa frente às penas corporais e aflitivas da antiguidade, hoje em dia, há de se admitir que elas privam muito mais que a liberdade, mas também retiram do indivíduo a sociabilidade, afetividade, convívio familiar e, ainda, a sua própria identidade.

Portanto, visando não abolir as penas, pois isso na atual sociedade ainda seria impossível, mas torná-las mais eficientes no sentido de respeitar os pressupostos da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, o que deverá ocorrer é uma reanálise da sua aplicação, com base nos princípios constitucionais, sendo necessária uma drástica redução da pena privativa de liberdade, por meio da restrição de suas hipóteses legais de aplicação e, principalmente, do encurtamento de sua duração¹³⁹.

Dessa forma, para solucionar essa situação, o garantismo penal de Ferrajoli vê como melhor solução, a formulação de um novo sistema de sanções, alternativas às privativas de liberdade, quais sejam, as penas alternativas.

Ferrajoli cita essas alternativas como “medidas alternativas”¹⁴⁰, como a prisão domiciliar, a limitação de fim de semana, a semiliberdade e outras semelhantes. Porém, esses benefícios já são concedidos no decorrer da execução

¹³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 379.

¹³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 380.

¹⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 385.

da pena, de forma totalmente discricionária pelos diretores das penitenciárias. Dessa forma, o ideal seria que, para os delitos menos graves, essas penas se tornassem as principais, ou seja, aplicadas inicialmente no momento da sentença condenatória pelo magistrado.

Por uma questão de evolução, da mesma forma que o cárcere já foi opção para substituir as penas aflictivas e corporais, pelo respeito ao princípio da humanização e pela notória ineficácia daquelas sanções no sistema carcerário atual, as penas restritivas se mostram a melhor solução.

Com efeito, o ideal não seria o redimensionamento da pena durante a fase de execução, mas sim a modificação da sua duração e qualidade na fase legislativa e judicial. Por isso, no momento da condenação, o juiz já poderia imputar diretamente as penas alternativas para os delitos de menor gravidade e aos agentes de menor periculosidade.

3.4 A Lei 9.714/1998 e o Tráfico de Ilícito de Drogas. A vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

A discussão acerca da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito no tráfico de drogas não é recente, existindo desde a vigência da Lei nº 6.368/1976.

O problema colocado após a edição da Lei 9.714/1998, que alterou o artigo 44 do Código Penal, se referiu à possibilidade de substituir a pena nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes. Com efeito, à época, a sanção variava de 3 a 5 anos (artigo 12 da Lei 6.368/76), havendo, portanto, a possibilidade de cominação da pena abaixo de 4 anos, principalmente nos casos em que o réu fosse primário e as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal fossem favoráveis. Ademais, defendia-se que o crime de tráfico de entorpecentes não era cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, pois se aduzia que o bem jurídico tutelado é a saúde pública¹⁴¹. Assim, com base nesses requisitos, a pena necessariamente deveria ser fixada próxima ao mínimo legal, sendo possível, em tese, a substituição da pena

¹⁴¹ PARIS FRANZOI, Sandro Marcelo. *A Inconstitucional Vedação da Substituição da Pena a Traficante da Nova Lei de Drogas*. Revista de Direito Processual Penal nº 40. Out/Nov/2006, p. 24.

carcerária por restritiva de direitos.

Contudo, a jurisprudência majoritária rechaçou essa possibilidade nos casos de tráfico de substâncias entorpecentes, sob o argumento de que as penas alternativas são incompatíveis com o tratamento rigoroso que deve ser dispensado a essa espécie de delito, ou seja, por sua natureza hedionda.

Mesmo nesse período, a doutrina criticou o entendimento jurisprudencial pátrio, pelos seguintes motivos: primeiro, pois já tratava da mesma maneira os grandes e os pequenos traficantes, o chamado “aviãozinho” ou “mula”, indivíduo que se envolvera ocasionalmente com o crime¹⁴²; segundo, por que, conforme ressalta Salo de Carvalho, por ter sido a Lei 9.714/98 publicada posteriormente à Lei 8.072/90 (crimes hediondos), ao estabelecer os requisitos para substituição da pena, deveria o legislador, se assim fosse sua intenção, inserir a vedação aos delitos hediondos e equiparados, não o fazendo. Assim, não se vislumbrava qualquer limitação a possibilidade de substituição da pena nos crimes hediondos¹⁴³.

Assim, com base em tais argumentos, e após o julgamento pelo Plenário do STF do *Habeas Corpus* 82.959/SP, que declarou incidentalmente inconstitucional o óbice a progressão de regime no cumprimento das penas privativas de liberdade, contida na Lei de Crimes Hediondos, algumas decisões de vanguarda começaram a aplicar penas alternativas, mesmo nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes¹⁴⁴.

Seguindo essa linha de raciocínio, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 84.928/MG, proferido com base no voto do Relator Ministro Cezar Peluso, admitiu a possibilidade de aplicação das penas restritivas de direito no caso de tráfico de drogas. O eminente relator distinguiu a fase da aplicação da fase de cumprimento da pena, ressaltando que a sentença que deverá decidir se a sanção a aplicar é ou não a privativa de liberdade, para só depois pensar no regime de cumprimento. Com base nisso, não haveria óbice a aplicação das penas restritivas de direito nos casos de tráfico de drogas, eis que, a análise da substituição ou não, ocorre em momento anterior à aplicação do regime de

¹⁴² PARIS FRANZOI, Sandro Marcelo. *A Inconstitucional Vedação da Substituição da Pena a Traficante da Nova Lei de Drogas*. Revista de Direito Processual Penal n° 40. Out/Nov/2006, p. 24.

¹⁴³ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 248.

¹⁴⁴ BRASIL. TJRS, AC 6990118297, Câmara de Férias Criminal, Rel.: Des. Sylvio Baptista Neto, j. 26.05.99.

cumprimento¹⁴⁵.

Veja-se que a vedação expressa contida na nova legislação, nos artigos 44 e § 4º do art. 33, nasceu em flagrante confronto com a posição que vinha sendo adotada pelo STF. A nova Lei de tóxicos, conforme ressaltado, aumentou as penas para aquele que é condenado por tráfico, prescrevendo a sanção mínima de cinco anos de reclusão. Este aumento, por si só, inviabilizaria a substituição da pena de prisão por restritiva de direito, em razão do requisito objetivo da quantidade da pena. Contudo, elencou no art. 33 § 4º uma causa de diminuição, evidenciando que no caso concreto, a pena poderá ser inferior a quatro anos. Ocorre que, vedou expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

A doutrina continua fazendo críticas ferrenhas a essa vedação constante na legislação antidrogas. Com efeito, argumentam que não se mostra razoável, a situação em que duas pessoas, ambas primárias e de bons antecedentes, que cometem um crime sem violência ou grave ameaça a pessoa, e tenha cominado a mesma pena (por exemplo, dois anos de prisão), tenham tratamento tão desigual: uma fará jus a substituição, mesmo que tenha cometido crime hediondo, e a outra não, somente pelo fato de haver cometido o delito de tráfico de drogas, pois existe vedação legal no caso particular¹⁴⁶. Há ainda várias outras críticas proferidas contra essa vedação, senão vejamos:

O retrocesso é de clareza solar porquanto estigmatiza parte da delinquência, independentemente da análise subjetiva dos fatos e gravidade real da conduta, afastando-se da melhor maneira de ressocialização, desprezando os princípios da isonomia, da individualização da pena e, com isso, voltando a aproximar-se do odioso direito penal do terror. Por outro lado, a equação legislativa parece-nos até contraditória, pois, ao mesmo tempo em que admite a redução da pena para réus primários, impõe-lhes sistematicamente a cruel pena de prisão. Foi dado com uma mão e tirado com a outra, um verdadeiro contra-senso.¹⁴⁷

Continua o mesmo doutrinador aduzindo que o legislador cometeu grave erro ao não permitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos acusados que possuem bons antecedentes e primariedade:

¹⁴⁵ BARBOSA JÚNIOR, Salvador José. *A Nova Lei de Drogas e a Proibição da Pena Restritiva de Direitos ao Condenado por Tráfico de Entorpecentes*. Revista de Direito Processual Penal nº 40 - Out/Nov/2006, p. 13.

¹⁴⁶ BIZZOTO, Alexandre, RODRIGUES Andreia de Brito e QUEIROZ, Paulo. *Comentários Críticos à Lei de Drogas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 65.

¹⁴⁷ FRANZOI, Sandro Marcelo Paris. *A inconstitucional Vedação da Substituição da pena a traficante a nova lei de tóxicos*. Revista IOB de direito penal e processual penal - v.7 n.40 out./nov. 2006, p. 16.

Como se vê, em que pese a evolução legislativa, no sentido de permitir a redução da pena com vistas a beneficiar o tratamento do acusado primário e com bons antecedentes, perdeu o legislador enorme oportunidade para estabelecer critérios legais de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito e conferir ao magistrado a sua aplicação no caso concreto, sob a ótica da situação pessoal do condenado e as circunstância da infração. Ao vedar a substituição da pena privativa de liberdade por sanção alternativa, invadiu que não lhe competia e, com isso, elaborou norma que afronta diretamente a Constituição Federal¹⁴⁸.

Luiz Flávio Gomes, comentando essa vedação da Lei, argumenta que competirá sempre ao juiz, no caso concreto, analisar se cabe ou não a substituição da pena, sendo que o texto do legislador não pode ser imutável, devendo sempre o judiciário elaborar a melhor interpretação, conforme os ditames constitucionais:

O que devemos extrair dessa decisão do STF é o seguinte: o Poder Político (Legislativo + Executivo), navegando uma vez mais pela onda do populismo penal (que defende como bandeira o rigor penal para a “solução” dos problemas graves do país), cometeu excesso. Foi além do que podia quando proibiu penas substitutivas (alternativas) para “todos” os delitos de tráfico de drogas. O poder de “fabricar leis” é limitado. O legislador ordinário já não pode escrever (nas leis) tudo que lhe vem à cabeça. [...] Na era da pós-modernidade vigoram (também) outros paradigmas do direito: o constitucionalista, o internacionalista e o universalista. Agora, nem tudo que o legislador escreve vale. Seu texto (já) não é bíblico. A lei aprovada pelo poder político se torna vigente, mas não vale (é fundamental distinguir a vigência da validade da lei, conforme Ferrajoli).¹⁴⁹

Por outro lado, convém salientar que toda a pena está limitada pela culpabilidade do agente, sendo que a expressão *nulla poena sine culpa* é a base indispensável para a fixação da sanção, conforme dispõe o art. 19 do Código Penal. A sanção penal deve ser uma consequência jurídica do crime cometido e este não pode ser reconhecido como fato punível quando falte a reprovabilidade da conduta, ou seja, quando, embora o ato seja tipificado em lei, é coberto por uma causa de exclusão de ilicitude¹⁵⁰.

A culpabilidade tem duas funções, quais sejam, dar embasamento à teoria da retribuição, compensando o dano causado à sociedade e limitar o poder punitivo estatal, impedindo-se que se impute ao agente uma pena mais grave que a sua

¹⁴⁸ FRANZOI, Sandro Marcelo Paris. *A inconstitucional vedação da substituição da pena a traficante a nova lei de tóxicos*. Revista IOB de direito penal e processual penal - v.7 n.40 out./nov. 2006, p. 28.

¹⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio. Penas substitutivas no tráfico de drogas e o populismo penal midiático. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2631, 14 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17399>>. Acesso em: 28 set. 2011.

¹⁵⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p. 35.

culpabilidade, essa última a principal função do referido princípio¹⁵¹.

Cabe ressaltar que a retribuição pura, ou seja, a idéia de compensar o mal (delito) com o outro mal (pena) simplesmente, encerra algo de irracional e de vingança, pois não pode se compreender como um mal pode ser extinto com a inflição de outro mal e, por isso mesmo, não pode se constituir a base do poder punitivo estatal.¹⁵²

Daí advém a importância da segunda função da culpabilidade, qual seja, limitar a intervenção punitiva estatal, determinando a pena máxima que poderá ser aplicada. É importante salientar que, caso seja oportuno, do ponto de vista preventivo, a pena poderá permanecer abaixo do nível mínimo de culpabilidade¹⁵³. Assim, se a pena prevista para determinado delito, analisado o caso concreto, demonstrar que irá dissocializar o autor do crime, comprometendo-lhe o relacionamento familiar, profissional, econômico, e com isso favorecer a reincidência, será legítimo e justo abaixar o *quantum* da pena¹⁵⁴.

Nesse sentido, é evidente que a culpabilidade do grande traficante, aquele que realmente financia o tráfico e está envolvido diretamente com outros crimes mais graves não é a mesma daquele jovem dependente que se envolveu ocasionalmente com o crime para sustentar o seu vício ou, daqueles pequenos traficantes que possuem a característica de serem facilmente substituíveis e não dominarem o mercado (as chamadas “mulas” e “aviãozinho”)¹⁵⁵. Esses últimos, geralmente, são desprovidos de qualquer periculosidade, não apresentando grave risco à sociedade e, portanto, merecendo tratamento diferenciado em homenagem ao princípio da isonomia.

Ademais, conforme ressaltado nos tópicos anteriores, se mostrou evidente que na maior parte dos casos, os presos e condenados por delitos de tráfico de entorpecentes são pessoas primárias e de bons antecedentes, sem qualquer relação realmente relevante sobre a complexa rede mercado de drogas.

¹⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza, *Individualização da Pena*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 44.

¹⁵² COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Curso de Direito Penal*. 8. ed. São Paulo: DPJ, 2005, p. 134.

¹⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito Penal e Controle Social*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 44.

¹⁵⁴ COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Curso de Direito Penal*. 8. ed. São Paulo: DPJ, 2005, p. 134.

¹⁵⁵ FRANZOI, Sandro Marcelo Paris. *A inconstitucionalidade vedação da Substituição da pena a traficante a nova lei de tóxicos*. Revista IOB de direito penal e processual penal - v.7 n.40 out. / nov. 2006, p. 27.

No caso, portanto, o essencial seria conceder ao juiz uma amplitude de poder para, analisando o caso concreto, ter a total liberdade de escolher as penas a serem aplicadas, sem ficar limitado a vedações e fórmulas genéricas previstas em lei, o que contraria diretamente dispositivos constitucionais como o da isonomia e o da individualização da pena.

Assim, apesar da vedação legal, nada impede que o juiz, por ser o senhor da individualização da pena, dê nova interpretação à lei, conforme a Constituição Federal, mesmo por que, a atividade do juiz não deve ficar restrita tão somente à letra seca da lei, não importando o seu significado, mas sim, a sujeição da lei enquanto válida e coerente com a Constituição¹⁵⁶.

Portanto, em que pese a expressa vedação legal, se mostra mais razoável admitir a substituição da pena fundamentalmente, desde que as circunstâncias judiciais sejam favoráveis ao réu e a substituição seja socialmente recomendável, em estrita obediência aos princípios da proporcionalidade, individualização da pena e isonomia.

3.5 A decisão do STF em relação à aplicação das penas restritivas de direito no tráfico ilícito de entorpecentes.

Desde o início da vigência da Lei 11.343/06, vários processos chegaram aos tribunais pátrios, pretendendo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, mesmo existindo o óbice legal constante nos artigos 44 e 33 § 4º da Lei.

Nesse sentido, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou sólido entendimento de não ser possível a substituição da pena para os condenados por tráfico de drogas e condutas correlatas, mesmo quando da aplicação da causa de diminuição do art. 33 § 4º (como exemplo, cita-se o *Habeas Corpus* nº 144.915/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 01/06/2010 e o *Habeas Corpus* nº 136.618/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado 01/06/2010).

Por sua vez, a Sexta Turma da Corte Superior de Justiça, firmando

¹⁵⁶ BIZZOTO, Alexandre, RODRIGUES Andreia de Brito e QUEIROZ, Paulo. *Comentários Críticos à Lei de Drogas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 66.

posicionamento contrário, suscitou a inconstitucionalidade dos artigos 33 § 4º e 44 *caput* da Lei 11.343/06, na parte em que vedam expressamente a substituição. Contudo, julgando a referida argüição, a Corte Especial, em sessão realizada no dia 04/11/2009, rejeitou a mesma, entendendo pela constitucionalidade da vedação prevista na legislação específica, ao argumento de que o próprio constituinte se posicionou pela gravidade do tráfico de drogas ao considerá-lo crime hediondo. (AI no HC nº 120353/SP, Rel. Min. Og Fernandes).

Diante da polêmica, a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, com vistas a discutir acerca da constitucionalidade da vedação contida na Lei de drogas. Em virtude das várias críticas doutrinárias, a Suprema Corte, em julgamento realizado no dia 01/09/2010, por seis votos a quatro, admitiu a possibilidade das penas restritivas de direito no tráfico ilícito de drogas. Dessa forma, julgou inconstitucionais as partes dos artigos 33 § 4º e 44 da Lei 11.343/06 que proíbem a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, sendo que deverá competir ao magistrado, em cada caso concreto, analisar se cabe a aplicação ou não.

A referida decisão foi tomada no julgamento do *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de um réu, condenado a um ano e oito meses de reclusão, em regime inicial fechado, com base no § 4º art. 33, por portar pequena quantidade de droga (13,4 gramas de cocaína).

Passa-se, portanto, a análise dos aspectos pertinentes dos votos dos ministros.

O Ministro Relator Carlos Ayres Britto iniciou seu voto aduzindo que o próprio texto constitucional admitiu que o legislador ordinário previsse novas condutas consideradas hediondas, contudo, impôs certo limite, qual seja, a vedação somente poderá recair sobre a graça, anistia e fiança, não podendo proibir as penas restritivas de direito, portanto. Assim, entende o ministro que a própria Constituição subtraiu do legislador ordinário a possibilidade de prever mais vedações do que as já preestabelecidas pelo legislador constituinte. Isso, pois, as normas que restringem direitos ou garantias fundamentais, como a liberdade, devem ser contidamente interpretadas¹⁵⁷.

¹⁵⁷ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS n. 97.256/RS, Ministro Relator

No que toca ao princípio da individualização, o Ministro Relator entendeu que o legislador não pode, pura e secamente, subtrair do julgador o poder de individualizar a pena do réu, mesmo que se trate de crime hediondo. Assim, afirmou o Ministro:

Daqui se deduz que a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, se afigurar como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo¹⁵⁸.

Ressalta, ainda, o ministro que a Constituição Federal fez do princípio da individualização da pena um importante mecanismo que deverá servir para todo e qualquer indivíduo, independente do crime por ele cometido ou da pena que vier a ser cominada. Não faz a Constituição qualquer restrição ao uso desse princípio, portanto. Luiz Flávio Gomes, aplaudindo a decisão do STF, assim corroborou dessas teses:

Ao proibir penas substitutivas para o tráfico de drogas a lei foi além do que podia. Criou-se uma serpente mais venenosa que o próprio ovo. Não pode. E não pode por quê? Porque o legislador ordinário tem que respeitar o princípio constitucional da individualização da pena, que é tarefa do juiz, levando em conta todas as peculiaridades do fato e do agente concretos. O legislador não pode, com seus critérios abstratos e populistas, querer substituir o juiz. A César o que é de César. O STF, por sua lúcida e ilustrada maioria (ilustrada porque se afasta do obscurantismo medieval), não vem se mostrando conivente com a demagogia, tão inerente à democracia de massas (Weber).¹⁵⁹

O Ministro Cezar Peluso, por sua vez, observou que uma lei não pode, sem alterar todo o sistema, impedir uma escolha judicial somente tendo por base a natureza jurídica de um crime (natureza hedionda), pois essa não compõe os critérios de individualização da pena. Assim, não há que se confundir a gravidade do crime com a natureza jurídica do mesmo, pois aquela primeira deverá ser analisada concretamente pelo juiz sentenciante¹⁶⁰.

Reconhece, ainda, que as penas restritivas de direito são uma ótima

Carlos Ayres Britto. Brasília, 01.09.2010. Disponível em:

¹⁵⁸ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS n. 97.256/RS, Ministro Relator Carlos Ayres Britto. Brasília, 01.09.2010, p. 09.

¹⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio. Penas substitutivas no tráfico de drogas e o populismo penal midiático. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2631, 14 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17399>>. Acesso em: 29 jul. 2011.

¹⁶⁰ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS n. 97.256/RS, Ministro Relator Carlos Ayres Britto. Brasília, 01.09.2010, p. 74.

alternativa para prevenir os efeitos maléficos e estigmatizantes do cárcere. Elucida que, da mesma forma que a pena de prisão, as penas alternativas também cumprem as funções retributiva e preventiva, cabendo ao juiz, no caso concreto, escolher qual a sanção que será suficiente e eficaz para de um lado, retribuir o mal causado e prevenir a reincidência e, do outro lado, ressocializar e recuperar o condenado.

Em um momento do julgamento, os ministros reconheceram que a maioria das pessoas, hoje presas por tráfico de entorpecentes, portava pequena quantidade de drogas e se tornaram muito mais perigosas após o cumprimento de sua pena privativa de liberdade, justamente pelo convívio direto com grandes traficantes e condenados verdadeiramente perigosos. Para tanto, se fundamentaram em pesquisa realizada pela UNB e a UFRJ, financiada pelo Ministério da Justiça, mencionada em tópico anterior¹⁶¹.

Por essas razões, o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente inconstitucional, com efeitos *ex nunc*, a proibição contida na Lei 11.343/06 em seus artigos 44 e § 4º do art. 33, sobre a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, determinando, portanto, que o juiz faça a análise dos requisitos subjetivos e objetivos da convolação da causa, na concreta situação do réu.

Apesar da decisão do Supremo ter sido tomada em controle difuso de constitucionalidade, não possuindo, por isso, efeito para todos os casos julgados (*erga omnes*), tal entendimento adotado, certamente, mudará o posicionamento pacificado em todos os tribunais pátrios, qual seja, o da impossibilidade absoluta da substituição da pena no caso de tráfico de entorpecentes.

Diante do exposto, entende-se que o Supremo realizou a interpretação mais acertada em relação às medidas adotadas para a repressão ao tráfico de drogas. Contudo, veja-se que agora, caberá ao juiz decidir quando será o caso de aplicar a pena privativa de liberdade ou a restritiva de direito. Do ponto de vista jurisprudencial, portanto, a questão se encontra resolvida. Nesse passo, o próximo passo é uma mudança da mentalidade sobre a política criminal de drogas, na repressão ao tráfico, pois a pressão irá recair totalmente em cima dos juízes de primeiro grau que irão sentenciar os condenados. Esses, por sua vez, deverão

¹⁶¹ BOITEUX, Luciana (Coordenadora). *Tráfico de drogas e Constituição. Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais*. Projeto Pensando o Direito. Rio de Janeiro/Brasília, 2009. <Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>.> Acesso em: 06 de novembro de 2010, 10:40.

utilizar-se de toda sua experiência e bom senso para analisar o caso concreto em perfeita harmonia aos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes¹⁶² afere que a mídia não colabora com a opinião pública, pois vende a idéia de que quanto maior for o rigor penal mais protegida estará a sociedade, devendo encarcerar as massas e endurecer as penas. Assim, essa mesma mídia, aproveitando-se do medo da população, não perde nenhuma oportunidade de gerar mais intranquilidade. Conforme aduz o autor, quando divulgada a decisão em comento, várias foram as manchetes escandalosas publicadas com o título “Milhares de traficantes serão soltos”, corroborando ainda mais com a baixa credibilidade da Suprema Corte.

Observa-se que a decisão não teve o intuito de fortalecer a marginalidade ou o tráfico de drogas, mas tão somente, ampliar o poder de individualização da pena do juiz, que poderá verificar em cada caso concreto, a possibilidade da substituição da pena. A pena alternativa é um importante instrumento para a ressocialização do réu, tendo ainda forte caráter utilitarista para a sociedade, pois é importante lembrar que o traficante preso hoje, um dia voltará às ruas, e quanto mais tempo no cárcere, maior a possibilidade de voltar a reincidir.

Assim, cominar penas mais brandas aos pequenos traficantes, primários e de bons antecedentes, à primeira vista, pode parecer um estímulo a criminalidade e ao tráfico de drogas. Contudo, a melhor doutrina¹⁶³ enxerga no encarceramento um sistema já ultrapassando no que se refere ao combate ao narcotráfico, que nada ajuda para a ressocialização dos condenados.

¹⁶² GOMES, Luiz Flávio. Penas substitutivas no tráfico de drogas e o populismo penal midiático. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2631, 14 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17399>>. Acesso em: 29 jul. 2011.

¹⁶³ BRASIL. COMISSÃO POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS. *Política de Drogas, Cultura do controle e Propostas Alternativas*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCRIM. <Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/comissoes/politicaDrogas.php>> Acesso em: 25 de mai. 2011.

CONCLUSÃO

O alto grau de proibicionismo e de repressão no Brasil, no que tange à “guerra as drogas”, permaneceu com a nova legislação em vigor, isso por que o legislador aumentou a pena base para o crime de tráfico de drogas, além de vedar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, continuando a ser considerado crime equiparado a hediondo e, dessa forma sendo vedada também a concessão de *sursis*, graça ou anistia, além de ser proibida a liberdade provisória, dentre tantos outros gravames.

Ocorre que, esse modelo de punição exacerbada não se mostrou eficiente do ponto de vista da redução da criminalidade e da ressocialização dos réus, ou seja, seus resultados contradizem com os fins proclamados por essa política punitiva, conforme se verificou no decorrer do presente trabalho.

Nesse sentido, a prisão tem participação especial nesse sistema, vez que é a alternativa preferida para a punição de traficantes, sejam eles de qualquer grau de periculosidade. O endurecimento das penas e a vedação de vários benefícios por ser o delito de tráfico de drogas equiparado a hediondo são medidas justificadas pelo discurso jurídico simbólico do proibicionismo.

No que se refere especificamente aos beneficiados com a causa especial de diminuição prevista no §4º art. 33, o que se tem observado é o seguinte: a não diferenciação, em termos de concessão de benefícios de execução penal aos grandes e pequenos traficantes, observando-se a ausência do princípio da proporcionalidade; a superlotação dos presídios com pessoas pobres e necessitadas, as ditas “mulas”; os grandes traficantes continuam soltos; tratamento severo a qualquer tipo de conduta que se enquadre ao tipo de tráfico ilícito de entorpecentes.

O juízo da execução penal ao conceder um tratamento diferenciado para agentes primários, com bons antecedentes e não dedicados às atividades criminosas, contribuirá para reduzir a superlotação dos presídios com “pequenos traficantes” e, mais importante, contribuirá devidamente para a ressocialização e reeducação dos mesmos, implicando na verdadeira correção do réu. Ora, esse indivíduo necessita de ser colocado em um ambiente em que possa refletir melhor sobre os seus atos. Ao revés, ao ser encarcerado por longo período, conviveria

realmente com a criminalidade, podendo entrar em definitivo no ambiente delituoso. A prisão é ineficaz, do ponto de vista ressocializador e, tão somente reforça a exclusão social e viola os direitos humanos desses agentes.

Em síntese, o que se nota são as penitenciárias lotadas de pequenos traficantes, que são facilmente substituíveis e indiferentes à continuidade das atividades ilícitas, além de que é notório que o comércio e a demanda por substâncias entorpecentes crescem anualmente, demonstrando que a proteção do direito penal é meramente simbólica, ou seja, direciona sua atuação repressiva somente contra os mais pobres e excluídos da sociedade.

Além do mais, condenar aquele que se envolveu com tráfico de forma isolada à mesma pena ou semelhante ao traficante que exerce tal atividade criminosa com habitualidade, configuraria verdadeira agressão aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, bem como o da isonomia e proporcionalidade.

É necessário, assim, que o Brasil repense a sua política punitiva de drogas, principalmente no que tange a punição sobre os condenados por tráfico de drogas, pois há a inobservância dos direitos humanos e a ineficiência dos meios punitivos utilizados, quando tratados sob o enfoque dos crimes hediondos.

Dessa forma, apesar da grande inovação trazida pelo legislador para sanar essa questão, qual seja, a figura do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, essa ainda encontra óbices para ser aplicada plenamente conforme os fins a qual foi criada, por ser considerada crime hediondo pela jurisprudência majoritária e por que sua aplicação ainda depende da boa vontade dos magistrados, que pode usar qualquer argumento para não aplicá-la.

Para solucionar esse impasse, o juiz, no exercício de aplicador da lei, deve sempre trabalhar com observância dos princípios da isonomia, da proporcionalidade, da individualização da pena e da humanidade, pois foi-lhe dada a possibilidade de aplicar a sanção que entende suficiente para a repressão e a prevenção do crime.

O juiz e os demais operadores do direito não são meros reprodutores de leis estáticas e desprovidas de valores sociais, não podendo utilizar de visões preconceituosas e estereotipadas para embasar suas decisões. Portanto, eles devem aplicar as normas jurídicas da forma mais adequada a atingir os fins

almejados pelo ordenamento jurídico, sempre em respeito aos princípios constitucionais e penais

É essencial para esses agentes, que se possa substituir a pena privativa de liberdade por outras medidas que possibilitem afastá-los de vez do mundo do crime, pois somente assim reduziria os efeitos negativos do sistema carcerário sobre esses indivíduos, o que acarretaria a redução do tempo desses agentes na prisão e uma possibilidade maior de ocorrer a ressocialização.

Diante dessas razões, grande evolução de pensamento já foi alcançada, pela decisão tomada no Supremo Tribunal Federal, que julgou inconstitucionais as partes dos artigos 33 § 4º e 44 da Lei 11.343/06 que proíbem a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas. Contudo, apesar da declaração de inconstitucionalidade, há de se ressaltar que a discussão está longe ainda de ter um fim pacífico, pois se percebeu que, tão logo divulgado na mídia o posicionamento da Suprema Corte, vários juristas e setores da sociedade já começaram a se manifestar contrariamente a esse entendimento.

Concluiu-se que a decisão do STF se pautou diferentemente da maioria dos setores sociais e midiáticos, qual seja, o da política repressiva ao traficante de drogas. Portanto, merece aplausos a decisão da Suprema Corte, eis que o modelo do controle penal que mais se equivale ao ordenamento jurídico pátrio é o que respeita os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e que adota medidas mais humanitárias e garantistas, reduzindo os efeitos perversos da pena de prisão por período prolongado.

A proposta para solucionar o problema seria, portanto, da interpretação da nova Lei de drogas segundo os princípios citados, com medidas intermediárias entre a legalização de drogas e o proibicionismo exacerbado, devendo o juiz e operadores do direito, por meio da conscientização da realidade social atual, orientar-se pela redução da repressão penal.

Dessa forma, aplicando esse entendimento no caso em análise, restará mais fácil a aplicação de outros tipos de penas aos agentes que cometeram esse delito ou, simplesmente haverá a redução de tempo no cárcere, o que acarretará maiores chances de ressocialização, sendo a intervenção penal pautada em estrito respeito aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARIEL DOTTI, René. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BARBOSA JÚNIOR, Salvador José. A Nova Lei de Drogas e a Proibição da Pena Restritiva de Direitos ao Condenado por Tráfico de Entorpecentes. *Revista de Direito Processual Penal*, nº 40 – Out/Nov/2006.

BATISTA, Vera Malaguti. *Díficeis Ganhos Fáceis. Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BIZZOTO, Alexandre, RODRIGUES Andreia de Brito e QUEIROZ, Paulo. *Comentários Críticos à Lei de Drogas*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOITEUX, Luciana (Coordenadora). *Tráfico de drogas e Constituição. Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais*. Projeto Pensando o Direito. Rio de Janeiro/Brasília, 2009. <Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>.>

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Curso de Direito Penal*. 8 ed. São Paulo: DPJ, 2005.

DE BEM, Leonardo Schmitt. *A Causa Especial de Diminuição de Pena da Nova Lei de Drogas*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 8. n. 44, p. 39-47, jun./jul. 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90*. 4. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRAZOL, Sandro Marcelo Paris. *A Inconstitucional Vedação da Substituição da Pena a traficante na Nova Lei de Tóxicos*. Revista de Direito Processual Penal nº 40 – Out/Nov/2006.

FROTA, Hidemberg Alves Da. *Necessidade concreta da pena e princípio da proporcionalidade*. Brasília: Revista CEJ, v.11 nº 41 abr./jun. 2008.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Nova Lei sobre drogas: Lei nº. 11.343/2006 comentada*. 1. ed. Campinas: Russell Editores, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas substitutivas no tráfico de drogas e o populismo penal midiático*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2631, 14 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17399>>. Acesso em: 29 jul. 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Função da Pena no Direito Penal Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 10 mai. 2011.

GRECO FILHO, Vicente. *Lei de Drogas Anotada: Lei nº 11.343/06*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Nova Lei antidrogas comentada: crimes e regime processual penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

JESUS, E. Damásio. *Código Penal Anotado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KARAM, Maria Lúcia. Lei 11.343/06: novos e repetidos danos aos direitos fundamentais. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 14, n. 167, out. 2006.

KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, Riscos, Danos e Enganos: As Drogas Tornadas Ilícitas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LEAL, João José. *Trafico de Drogas e Controle Penal: Nova Política Criminal e Aumento da Pena Mínima para o Crime de Tráfico Ilícito de Drogas*. Revista IOB de Direito Processual Penal nº 43 - Abril/Maio 2007, p. 47.

LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MARCÃO, Renato. *Tóxicos: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006: nova lei de drogas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito Penal e Controle Social*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais anotadas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Os Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PARIS FRANZOI, Sandro Marcelo. A Inconstitucional Vedação da Substituição da Pena a Traficante da Nova Lei de Drogas. *Revista de Direito Processual Penal*, nº 40. Out/Nov/2006.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra N. *Os direitos humanos como fundamento do minimalismo penal de Alessandro Baratta. Verso e Reverso do Controle Penal: (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva*. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. JUNIOR. Alceu Correa. *Pena e Constituição: Aspectos Relevantes para a sua Aplicação e Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, Jorge Vicente. *Comentários à Nova Lei Antidrogas: Manual Prático*. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *A Nova Lei Antidrogas (Lei 11.343/2006): Comentada e Anotada*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, E. PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.